4433-2 137.

Bibl.Mont.

<36638835720016

<36638835720016

Bayer. Staatsbibliothek

Die

Lehre vom Pflichttheil

bearbeitet

von

G. Möller,

Fürstlich Nassau-Usingischem Cammerconsulenten zu Wiesbaden.

Zweyter Theil.

Nürnberg und Sulzbach,

in der J. E. Seidelschen Kunst- und Buchhandlung,

1806.

Höchstihro

Hochfürstlichen Durchlaucht

Herrn

Friedrich August

regierenden Fürsten zu Nassau,

Pfalzgrafen bey Rhein, Grafen zu Sayn, Königstein, Catzenellenbogen und Dietz, Burggrafen zu Hammerstein, Herrn zu Mahlberg, Wiesbaden, Idstein, Merenberg, Limburg und Epstein ꝛc. ꝛc. Reichsgeneralen der Cavallerie, Kaiserlich Königlichen General-Feldmarschall, Inhaber eines Küraſſier-Regiments und des militärischen Marie Theresien Ordens Ritter ꝛc. ꝛc.

meinem

gnädigsten Fürsten und Herrn

in der

tiefsten Ehrfurcht unterthänigst geweihet

von

dem Verfasser.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Aufgemuntert durch den Beyfall, mit welchem das juristische Publicum den ersten Theil dieser Abhandlung aufnahm, habe ich mich auch an die Fortsetzung derselben gewagt. Sie enthält den schwierigsten Theil der Lehre, und wenn ich mich nicht scheuete, hier und da mit neuen Ideen hervorzutreten, so sprach ich so, wie ich individuel überzeugt war, und ich rechnete auf die Billigkeit der Leser, die, wenn ich auch irren sollte, durch gründliche Widerlegung mich zurechtweisen werden, indem sie selbst wissen, daß allein durch Bekanntmachung aller Meinungen, durch Angabe ihrer Gründe, und durch die Widerlegung und Vertheidigung derselben, die Wahrheit gewinnt und die Sache ausgemacht wird.

Einer Entschuldigung, daß ich die Fortsetzung eines nicht weitläufigen Werks erst nach vier Jahren erscheinen lasse, werde ich enthoben seyn, da die Leser wissen, daß ich mich nicht blos der Wissenschaft widme, sondern bisher als Assessor des Fürstlich Solmsischen Justizamts zu Braunfels ein

Amt bekleidete, das viele Arbeiten mir zuführte, und das mir nur wenige Zeit zu Lieblingsbeschäftigungen übrig ließ. — Grössere Entschuldigung erfordert es, daß ich im ersten Theil dieser Abhandlung behauptete, der Pflichttheil müsse mit Erbrecht gegeben werden, und in diesem Theil das gerade Gegentheil vertheidige. Ein Vorfall, der aus dem Fehler entspringt, daß ich den ersten Theil früher im Druck erscheinen ließ, ehe ich den gegenwärtigen ausgearbeitet hatte; und ich halte es für redlicher, einen Irrthum zu bekennen, als ihn noch dann zu behaupten und Andere irre leiten zu wollen, wenn man, wie ich hier, durch die bündigsten Gründe vom Gegentheil überzeugt worden ist. — Uebrigens ist es nichts Neues, selbst in der verwickelten Lehre vom Pflichttheil nichts Neues, daß sogar Männer von anerkannter Gelehrsamkeit — wie z. B. Herr Hofrath Glück — über diesen oder jenen Gegenstand ihre früher geäusserten Meinungen später geändert haben; doch bleibt es mir äusserst unangenehm, dieß in einer und der nämlichen Abhandlung thun zu müssen — allein, die Wahrheit muß siegen!

Der Verfasser.

Kurze Uebersicht

des

Inhalts des zweyten Theils der Lehre vom Pflichttheil.

Erster Abschnitt.

Von dem Betrag des Pflichtheils im allgemeinen.

		Seite
§. 79.	Eingang.	1
§. 80.	1) Betrag des Pflichttheils bey seinem ersten Entstehen.	3
§. 81.	2) Als die Lehre schon mehr ausgebildet war, doch noch vor Justinians Erhöhung, und zwar der Betrag	
	a) In Rücksicht der Kinder	6
§. 82.	b) in Rücksicht der Eltern und Geschwister.	9
§. 83.	Vorläufige Widerlegung eines etwaigen Einwurfs.	20
§. 84.	3) Nach Justinians Erhöhung deffelben durch die Novelle 18.	
	a) Welche Quote beträgt er in Rücksicht der Kinder?	23
§. 85.	b) Die Erhöhung geht auch auf die entferntern Descendenten, auf die Ascendenten und Geschwister.	26
§. 86.	c) Der Betrag des Pflichttheils wird nach dem Theil des Vermögens berechnet, den jeder Einzelne erhalten haben würde, wenn er und seine Classe in der Intestatsuccession geerbt hätten.	32
§. 87.	Widerlegung der gegentheiligen Meinungen.	39
§. 88.	Widerlegung des Herrn Professors Madihn's ersten Arguments.	42
§. 89.	Madihn's zweytes Argument.	45

Seite

§. 90. Madihn's drittes Argument. 47
§. 91. Madihn's viertes Argument. 49
§. 92. Madihn's fünftes Argument. 53

Zweyter Abschnitt.

Von dem Betrag des Pflichttheils in besonderer Rücksicht auf die bey dessen Bestimmung vorkommenden Personen.

§. 93. Regel über die bey Bestimmung des Pflichttheils mitzuzählenden Personen. 55

I. Classe der Descendenten.

§. 94. 1) Es sind blos Kinder vorhanden. 56
§. 95. 2) Es concurriren Kinder mit Enkeln und Urenkeln. 58
§. 96. 3) Es leben blos Enkel von Einem Kind. 61
§. 97. 4) Blos Enkel von verschiedenen Kindern sind vorhanden 68
§. 98. 5) Ueberhaupt entferntere Descendenten von verschiedenen Graden sind am Leben. 70
§. 99. 6) Die vollkommen adoptirten Descendenten werden gezählt wie die natürlichen. 70
§. 100. 7) Berechnung des Pflichttheils wenn abgetheilte Kinder da sind. 74
§. 101. Von der Duplicität der Verwandschaft. 77
§. 102. II. Classe der Ascendenten und Geschwister mit Einschluß der Halbgeschwister 78
§. 103. 1) Es sind blos Ascendenten vorhanden. 79
§. 104. 2) Es concurriren Ascendenten mit vollbürtigen Geschwistern. 83
§. 105. 3) Ascendenten concurriren mit vollbürtigen Geschwistern und Kindern von vorher gestorbenen vollbürtigen Geschwistern. 87
§. 106. 4) Es sind Ascendenten und blos Kinder von vorher gestorbenen vollbürtigen Geschwistern am Leben. 89
§. 107. 5) Blos vollbürtige Geschwister existiren. 91
§. 108. 6) Es leben vollbürtige Geschwister und Kinder von vorher gestorbenen vollbürtigen Geschwistern 91
§. 109. 7) Es existiren Ascendenten oder vollbürtige Geschwister und Halbgeschwister 91

Inhalt. IX

Seite

III. Classe der Halbgeschwister.

§. 110. 8) Es sind blos Halbgeschwister da. 93

§. 111. 9) Es sind Halbgeschwister und Kinder von vorher gestorbenen Halbgeschwistern vorhanden. 93

§. 112. Wenn vollkommene Adoptiveltern vorhanden sind, so kommen sie bey Bestimmung des Betrags des Pflichttheils eben so in Rechnung wie die natürlichen Eltern. 94

§. 113. Berechnung des Pflichttheils, wenn neben den Notherben ein überlebender Ehegatte vorhanden ist, der eine statutarische Portion erhält

1) Verschiedene Meinungen darüber. 101

§. 114. 2) Praxis und Unterscheidung der hierher gehörigen Fälle nach der Theorie des Rechts. 105

§. 115. Wie geschieht alsdann die Berechnung des Pflichttheils insbesondere nach römischem Recht?

a) Wie wird der Intestaterbtheil berechnet? 107

§. 116. b) Wie wird die Quote des Pflichttheils bestimmt? 111

§. 117. Der Enterbte wird der Regel nach mitgezählt. 121

§. 118. Wenn aber eine ganze Classe enterbt ist, so werden die Enterbten nicht mitgezählt. 126

§. 119. Solche Personen, die unfähig sind in der Intestatsuccession zu erben, kommen bey Berechnung des Pflichttheils nicht in Betracht. 133

Dritter Abschnitt.

Von dem Betrag des Pflichttheils in besonderer Rücksicht auf das Vermögen, von dem derselbe genommen wird.

§. 120. Allgemeiner Grundsatz. 137

§. 121. Ueber die Collation des Pflichttheilsberechtigten. 138

§. 122. Das Heurathsgut der Descendentin wird bey der Pflichttheilsberechnung conferirt 142

§. 123. Die Schenkung wegen der Ehe wird conferirt. 144

§. 124. Dasjenige, was der Ascendent zum Ankauf einer Bedienung hergegeben hat, wird conferirt. 144

§. 125. In wie fern werden einfache Schenkungen eines Ascendenten conferirt? 145

Seite

§. 126. Dasjenige, was der Pflichttheilsberechtigte dem Erblasser durch besondere Verträge schuldig ist, muß zur Masse gerechnet werden. 146

§. 127. Sind Descendenten noch etwas anders zu conferiren verbunden? 147

§. 128. Bey Ascendenten und Collateralen fällt die Collation ganz weg. 149

§. 129. Die inofficiösen Schenkungen des Erblassers werden zum Vermögen gerechnet 150

§. 130. Ein gegebenes übermässiges Heurathsgut wird bey Bestimmung des Pflichttheils zum Vermögen gerechnet. 153

§. 131. Das durch andere inofficiöse Verträge und Handlungen des Erblassers abgekommene Vermögen wird bey Berechnung des Pflichttheils wieder angerechnet. 153

§. 132. Von der den berathenen Kindern gegebenen Abfindung. 155

§. 133. Werden Lehngüter zu dem Vermögen gezählt? von dem der Pflichttheil berechnet wird? 156

§. 134. In wie fern werden teutsche Bauerngüter zu dem Vermögen gerechnet? 161

§. 135. Zu welchem Zeitpunkt wird das Vermögen angeschlagen, wenn der Pflichttheil berechnet wird? 163

§. 136. Von dem Activvermögen müssen vor Berechnung des Pflichttheils die Schulden und Leichenkosten des Erblassers abgerechnet werden. 167

§. 137. Alles, was wegen des Testaments zu leisten ist, wird vor der Berechnung des Pflichttheils nicht abgezogen. 168

§. 138. Auf welche Art wird der Betrag des Pflichttheils ausfindig gemacht? 169

Vierter Abschnitt.

Von den besondern Rechten des Pflichttheils.

§. 139. Eingang. 171

§. 140. Muß der Pflichttheilsberechtigte den Pflichttheil als Erbe bekommen?

a) Vor der Novelle 115. 171

§. 141. b) Nach der Novelle 115. 181

Seite

§. 142. Der Pflichttheil ist ein Theil des Vermögens des Testators, nicht der Erbschaft. 187

§. 143. Findet bey dem Pflichttheil das jus accrescendi Statt? 189

§. 144. Trit bey dem Pflichttheil das successorische Edict ein? 190

§. 145. Der Pflichttheil muß aus der Substanz des Vermögens, er kann nicht durch Früchte, Zinsen, Renten u. s. w. gegeben werden. 192

§. 146. Der Pflichttheil kann in Geld oder bestimmten Sachen gegeben werden. 193

§. 147. Wenn eine Bestimmung vom Testator über die als Pflichttheil zu gebende Sache fehlt, so bestimmt der Richter. 194

§. 148. In Rücksicht dessen, was als Pflichttheil gegewird, muß Eviction geleistet werden. 196

§. 149. Der Pflichttheil muß gleich nach des Erblassers Tod verabreicht werden. 196

§. 150. Der Pflichttheil darf auf keine Art beschwert werden. 198

§. 151. Ueber die Socinische Cautel und deren Gesetzwidrigkeit. 204

§. 152. Gesetzmässigkeit und Begriff einer Cautel, um den Pflichttheil mit einer Beschwerde belegen zu können. 210

§. 153. Welche Stücke werden dem Pflichttheilsberechtigten auf den Pflichttheil aufgerechnet. 217

§. 154. Wodurch geht das Recht auf den Pflichttheil verloren? 219

Fünfter Abschnitt.

Von den Rechtsmitteln, mit welchen die Rechte wegen des Pflichttheils verfolgt werden.

§. 155. Uebergang. 221

§. 156. Tabellarische Uebersicht. 221

§. 157. Von der Nullitätsklage. 223

§. 158. Von der Erbschaftsklage. 225

§. 159. Von der Klage aus dem Testament. 226

§. 160. Gang der Gesetzgebung in Rücksicht der besondern Klagen wegen des Pflichttheils. 228

Seite

§. 161. Von der Inofficiositätsklage — Begriff und wer ist Kläger? 236
§. 162. Wer ist der Beklagte bey der Inofficiositätsklage? 239
§. 163. Grund der Inofficiositätsklage. — Wann findet sie Statt? 241
§. 164. Wirkung der Inofficiositätsklage. 249
§. 165. Wann findet die Inofficiositätsklage nicht Statt? 263
§. 166. Von der Klage aus der Novelle 115. 274
§. 167. Von der suppletorischen Klage. 281
§. 168. Von der gegen die Testamente der Soldaten zustehenden Klage wegen des Pflichttheils. 285
§. 169. Von der bonorum possessio contra tabulas. 286
§. 170. Andere Arten der Erbschaftsklagen. 287
§. 171. Von der Klage wegen inofficiöser Schenkung. 289
§. 172. Klage wegen inofficiösen Heurathsguts 294
§. 173. Von der Calvisianischen und Favianischen Klage. 295
§. 174. Von der Einrede des fehlenden Pflichttheils. 297

Erster

Erster Abschnitt.

Von dem Betrag des Pflichttheils im allgemeinen.

§. 79.

Eingang.

In dem ersten Theile dieser Abhandlung redete ich von den zum Pflichttheil berechtigten und nicht berechtigten Personen. Die nächste Frage ist nun: wie viel denn diese Personen vermöge ihres Rechts auf den Pflichttheil erhalten? Eine Frage, die in der ganzen Lehre vom Pflichttheil am meisten controvers ist, und bey deren Beantwortung in einem bestimmten Fall man auf sehr vielerley Punkte Rücksicht nehmen muß; denn, ist es eine Quote von der ganzen Verlassenschaft, die der Berechtigte als Pflichttheil erhält, oder ist es eine bestimmte Summe? Wird sie für jeden Berechtigten vom ganzen Nachlaß des Erblassers, oder von dem Theil berechnet, den der Notherbe erhalten haben würde, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre? Welche Personen, und in wie fern werden sie bey Bestimmung des Betrags des Pflichttheils in Betracht gezogen? u. s. w. — Alles dieß sind Fragen, welche in diesem Abschnitte genau erwo-

gen werden müssen. — Es ist schon viel über den Betrag des Pflichttheils geschrieben worden, und noch keine von den verschiedenen Meinungen hat die absolute Oberhand erhalten. Ich selbst habe beim Nachsinnen über diesen Gegenstand mich zwar fest überzeugt, daß alle bisherige — wenigstens mir bekannte — Meinungen, das Ziel noch nicht ganz erreicht haben, sondern daß die aufgestellten Grundsätze mit Gesetzen im Widerspruch stehen, mit denen sie durchaus harmoniren müssen. Es muß also in diesem Feld noch gearbeitet werden, und weit entfernt, mir anmassen zu wollen, daß ich alles aufs Reine gebracht hätte, will ich doch meine Gedanken vorlegen, damit sie von Andern in Ueberlegung gezogen, und durch Einwürfe und Vertheidigungen vielleicht künftig die wahren Grundsätze gefunden werden.

Wir haben kein Gesetz, wodurch der Pflichttheil zuerst förmlich eingeführt und sein Betrag genau bestimmt worden wäre, sondern wir haben im Grunde nur Auszüge aus Schriftstellern, die von dem Betrage des Pflichttheils, als einer schon existirenden gesetzlichen Bestimmung, nur beziehungsweise reden, und ihn als schon bekannt voraussetzen. Alle diese Stellen müssen wir zusammen nehmen, sie gegen einander vergleichen und daraus Grundsätze abstrahiren, die auf alle passen und mit keiner im Widerspruch stehen, da der Pflichttheil nur nach und

nach eingeführt, immer mehr ausgebildet worden ist, und die Grundsätze von demselben nach Verschiedenheit der Zeiten ganz verschieden sind, so müssen wir die Zusammenstellung der uns darüber belehrenden Schriften auch genau nach der Chronologie vornehmen, und der Gesetzgebung in jedem ihrer Schritte folgen, um endlich dahin zu kommen, wo die Lehre jezt steht. Diesen Weg will ich einschlagen und versuchen, ob ich dem Ziele näher komme.

§. 80.

Betrag des Pflichttheils im allgemeinen.

1. Bey seinem ersten Entstehen.

Ich habe schon früher (§. 4. ff.) angeführt, daß bis zu den Zeiten der 12 Tafel Gesetze der Erblasser in der Disposition über sein Vermögen ganz uneingeschränkt war. Diese Willkühr blieb ihm auch nachher noch, nur mußte er die Vorsicht gebrauchen: daß er die Söhne, die er in seiner väterlichen Gewalt hatte [a]), oder die in seine Gewalt gekommen wären, wenn er länger gelebt hätte [b]) in seinem Testament entweder namentlich zu Erben einsezte, oder namentlich enterbte [c]). Die Uebergehung der schon gebor-

---

a) Ulpiani fragmenta. Tit. 22. §. 16. 20.

b) Ulpiani fragmenta. Tit. 22. §. 15. 16. 21.

c) L. 4. Cod. de liberis praeter. vel exheredatis. Cajus Institutiones Lib. 2. Tit. 3. pr. Hugo Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. Berlin 1799. §. 88.

nen Töchter schadete Anfangs dem Testament noch gar nicht [d]); spätherhin wurde ihrer nur im allgemeinen mit den übrigen (inter caeteros) erwähnt, daß sie nicht erben sollten [e]). Die erst nach Verfertigung des Testaments, oder nach des Testators Tod geborne Töchter aber, mußten in dem Testamente entweder eingesezt oder enterbt seyn: denn waren sie blos übergangen, so rumpirten sie dasselbe [f]). Endlich wurde die Nothwendigkeit einer Erbeinsetzung oder Enterbung auch bey Eltern und Geschwistern eingeführt [g]), und vernachlässigte ein Testator diese Vorsicht, so konnten diese Personen das Testament anfechten. Man gieng noch weiter, und nahm an, daß auch andere nahe Verwandte zu Erben ernannt werden müßten, und hatte der Testator sie nicht eingesezt, so konnten sie auch gegen das Testament klagend auftreten [h]). Doch war der Testator keinesswegs verbunden dem nahe Verwandten sein ganzes Vermögen zu lassen, sondern hatte er ihm nur irgend einen Theil seines Vermögens hinterlassen, oder ihn aus wichtigen Gründen enterbt —

---

d) Ulpian a. a. O. §. 16.

e) Ulpian a. a. O. §. 21. Hugo a. a. O. §. 158.

f) Cajus Institutiones. Lib. 2. Tit. 3. §. 3.

g) Schlechtendahl Diss. de origine legitimae ad imitationem Legis Falcidiae interpretatione prudentum introductae. Teutoburgi. 1752. §. 14.

h) Valerius Maximus L. 7. cap. 7. Cicero in Verrum. Suetonius in Cal. cap. 38.

beides, sowohl die Grösse des Erbtheils, als die Zulänglichkeit der Enterbungsgründe, war der Beurtheilung der Centumviren überlassen — so fand eine Klage nicht mehr Statt, man sahe, daß er das Testament ex officio pietatis gemacht hatte i). Allein dem Rechtsgelehrten und Centumviren k) war es nicht genug, daß Kinder, Eltern und Geschwister blos den ehrbaren Namen eines Erben mit einer ganz geringen Erbportion im Testament bekamen, sondern sie führten ein, daß diese Personen auch einen wirklich bedeutenden Theil der Verlassenschaft erhalten mußten, und da dieser immer noch nicht durch ein Gesetz bestimmt wurde, so wählten sie die ihnen so beliebte Quarta. — Es ist auffallend, daß bey den römischen Juristen der Geist herrschte, in Erbschaftssachen, wenn sie einen mit dem Ganzen im Verhältniß stehenden Theil des Ver-

---

i) pr. Inst. de inoff. testam. §. 3. Inst. eod. L. 13. 17. D. de inoff. test. Plinius L. 5. Ep. 1. Cicero de Oration. 1. 38. Joh. Ortw Westenberg Diss. de portione legitima liberis parentibus et fratribus relinquenda Diss. 1. cap. 4. Diss. 3. cap. 1. C. F. Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate ad Nov. 18. cap. 1. in opuscul. jurid. fasc. 3. §. 7. L. H. Lilien specim. inaug. jurid. de legitima. Erfordiae 1792. §. 4. C. F. Zepernick historia juris civilis de legitima portione parentum. Praes. Dan. Nettelbladt. Halae 1773. cap. 2. §. 16.

k) L. 120. D. de verbor. significat.

mögens einer Verfügung unterwerfen wollten, jedesmal den vierten Theil dazu zu bestimmen; dieß zeigt die Quarta Falcidia, die Quarta Trebellianica, die Quarta Divi Pii, die Quarta der armen Frau und unsere Quarta legitima.

§. 81.

2. Als die Lehre schon mehr ausgebildet war, doch noch vor Justinians Erhöhung; und zwar der Betrag a) in Rücksicht der Kinder.

Ohne daß noch ein Gesetz über die Grösse des Pflichttheils existirte, war es also doch schon angenommen, daß die Notherben eine Quarta vom Testator erhalten mußten, wenn sie nicht berechtigt seyn sollten, das Testament anzufechten; wovon aber dieser vierte Theil zu verstehen gewesen, das ist eine wichtige Frage.

Ulpian sagt im 14ten Buch ad edictum[a]): wenn ein Vater seinem Sohn den vierten Theil dessen, was derselbe bekommen haben würde, wenn der Vater ohne Testament gestorben wäre, auf den Todesfall geschenkt hat, so kann er im übrigen ruhig testiren.

Derselbe sagt ferner[b]): da der vierte Theil der schuldigen Portion (hierunter kann er wohl keine andere als die ganz kurz vorher

---

a) L. 8. §. 6. D. de inoff. test.

b) L. 8. §. 8. De eod.

deutlicher, aber doch beinahe mit den nämlichen Ausdrücken beschriebene Intestaterbportion verstehen) hinreichend ist, um die Inofficiositäts-klage zu vereitlen, so frage es sich, ob für den enterbten Sohn ein Theil berechnet werden müsse.

Eben so sagt auch Paulus [c]), der vierte Theil der Portion (es läßt sich keine andere als die Intestaterbportion darunter verstehen) müsse den Kindern nach Abzug der Schulden und Leichenkosten berechnet werden.

Kaiser Antonin erwähnt in seiner Constitution vom Jahr 213 [d]) des Pflichttheils der Söhne, als des vierten Theils des Vermögens, das der Vater zur Zeit als er starb, besaß.

Kaiser Alexander bestimmt in der Constitution vom Jahre 224 [e]), daß die Eltern zwar ihr Vermögen unter die Kinder vertheilen können, nur müsse jedes wenigstens ein Viertel von dem Theil erhalten, der ihm gehört hätte, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre.

In der Constitution vom Jahr 257 beschreiben der Kaiser Valerian und Gallienus [f]) den Pflichttheil als ein Viertel der Erbportion in der Intestatsuccession.

---

c) Paulus recept. sentent. L. 4. Tit. 5. §. 6.

d) L. 6. Cod. de inoff. test.

e) L. 8. pr. Cod. de inoff. test.

f) L. 2. Cod. de inofficiosis donationibus.

Im Gregorianischen Codex[g]) heißt es: die inofficiöse Querel finde statt, wenn das Viertel von der Portion, welche die Tochter erhalten hätte, wenn der Vater ohne Testament gestorben wäre, nach dessen Tod nicht übrig gelassen würde. Eben dieser Codex sagt an einem andern Ort[h]), wenn der Vater von drey Töchtern einer jeden derselben nicht den vierten Theil eines Drittels (ein Drittel wäre die Intestaterbportion) ohne die geringste Verringerung hinterläßt, so kann dieselbe die inofficiöse Querel anstellen.

Selbst Justinian, der wichtige Gesetzgeber über den Pflichttheil, sagt in seinen frühern Constitutionen, und zwar in der vom Jahr 528[i]), wenn einer Person, welche die inofficiöse Querel anstellen kann, in einem Testament weniger als der Pflichttheil, das heisse nämlich: weniger, als der vierte Theil der Intestatsuccession, hinterlassen sey, so solle das Testament nicht ganz hinfallen, sondern das Fehlende nur supplirt werden. — In der Constitution vom Jahr 529[k]) nennt derselbe das, worauf die inofficiöse Querel geht, mehrere Mal den vierten Theil der Intestatsuccession.

Alle diese Gesetze sagen also einstimmig: daß der Pflichttheil der Kinder vor der durch

---

g) Cod. Gregorian. L. 2. Tit. 5. Const. 1.
h) Cod. Gregorian. L. 2. Tit. 5. Const. 2.
i) L. 31. Cod. de inoff. test.
k) L. 20. Cod. de collationibus.

die Novelle 18 von Justinian verordneten Erhöhung, in einem Viertel von der Portion bestanden habe, die der, von dem die Rede ist, erhalten haben würde, wenn der Erblasser, ohne irgend eine testamentarische Disposition zu hinterlassen, gestorben wäre. Auf die Anzahl der Erben kam es damals noch gar nicht an, sondern waren es zehn Notherben, so erhielt jeder derselben nur den vierten Theil von einem Zehntel, also ein vierzigstes der ganzen Verlassenschaft. [1])

§. 82.

b) In Rücksicht der Eltern und Geschwister.

Alle im vorhergehenden Paragraph angeführte Stellen, worin der Pflichttheil als ein Viertel von der Portion beschrieben wird, die jeder Notherbe erhalten hätte, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre, reden durchgehends nur von dem Pflichttheil der Kinder; in keinem einzigen dieser Gesetze wird des

---

1) Joh. Ortw Westenberg Diss. de portione legitima liberis, parentibus et fratribus relinquenda Diss. 1. cap. 4. §. 13. Diss. 3. cap. 1. §. 10. Cujacius Commentarius ad Nov. 18. Wielingius Lectiones juris civilis. L. 2. cap. 23. pag. 207. Plinius Epist. L. 5. E. 1. J. C. A. Hüpeden Diss. de nepotum quorundam in legitima ab avo institutorum cum reliquis diversorum liberorum jam defunctorum descendentibus mediatis concurrentium portione legali eiusque computatione. Marburg 1769. §. 18. Lilien Diss. de legitima.

Pflichttheils der Eltern und Geschwister gedacht, und ich habe keins finden können, worin bestimmt gesagt wäre: daß auch der Pflichttheil der Eltern und Geschwister ein Viertel der Erbportion sey, die jedes der Ascendenten und Geschwister erhalten würde, wenn der Erblasser kein Testament gemacht hätte; es existirt also kein Gesetz, das uns zur Annahme dieses Satzes bestimmt verbindet. Diejenigen Gesetze, worauf der Eltern und Geschwister Recht zu einem Pflichttheil sich gründet [a]), bestimmen die Grösse des Pflichttheils durchaus auf keinerley

---

Erfordia 1792. §. 5. Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. §. 7. Sam. Stryck Diss. de gravamine legitimae Halae 1702. Derselbe in Tract. de Cautelis testamentorum. Halae 1726. Cap. 17. membr. 1. §. 20. G. J. Stein Versuch einer theoretisch praktischen Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben. Erlangen 1798. §. 49. Henning Sieden Praes. Petr. Müller Diss. de debito bonorum subsidio, vom Pflichttheil. 1618. cap. 4. §. 1. Paulus Stengel Praes. Joh. Christoph. Falkner. Diss. de legitima. Jenae 1767. thes. 6.

a) L. 1. 14. 15. pr. D. de inoff. testam. L. 7. §. 1. D. si tabulae testam. nullae exstabunt unde liberi. L. 17. 21. 27. 28. Cod. de inoff. test. §. 1. Inst. eod. Aulh. Presbyteros. Cod. de episcopis et clericis. Nov. 115. cap. 4. und 5. pr.

Art; sie geben den Eltern die inofficiöse Querel, folglich müssen sie den Pflichttheil fodern können [b]), daß dieser aber die Quarte der wahren Intestaterbportion sey, ist nirgends cathegorisch verordnet. Die Nov. 1. praefat. §. 2. sagt zwar, der Testator müsse auch den Eltern und Geschwistern einen partem quantam geben, genauer als durch diese Worte erklärt sie sich aber nicht.

Nehmen wir nun andere Gesetze zu Hülfe, um zu untersuchen, ob dieses Stillschweigens der Gesetze ohnerachtet, der Pflichttheil der Eltern und Geschwister dennoch ein Viertel von der Portion sey, die sie erhalten haben würden, wenn der Erblasser ohne testamentarische Disposition gestorben wäre, so finden wir, daß dieß ohne den auffallendsten Widerspruch, als allgemein geltender Grundsatz nicht angenommen werden kann.

1. Paulus sagt nämlich in seinem libro singulari de centumviralibus [c]) judi-

---

b) L. 8. §. 8. D. de inoff. test.

c) Nicht septemviralibus judiciis. Wir haben schon oben §. 80 gehört: daß das Gericht der Centumviren in den Erkenntnissen über Inofficiositätsklagen competent war, und die besten Rechtsgelehrten nehmen daher diese berichtigende Abweichung von der gewöhnlichen Ausgabe des corporis juris an. Holoander edit. corp. jur. civil. L.

ciis [a]), wenn derjenige, dem die Inofficiositätsklage zuerst zusteht, dieselbe nicht anstellen will oder nicht anstellen kann, so frage es sich, ob der auf ihn folgende zu deren Anstellung zugelassen werde? Und seine Meinung ist, daß er allerdings zugelassen werden könne. Unter der accusatio wird, wie es wohl keines Beweises bedarf, nichts anders als die accusatio testamenti tanquam inofficiosum verstanden, es ist dieß die ganz gewöhnliche Sprache der Gesetze, und im nämlichen Gesetze §. 3 und 4. kommt der Ausdruck noch mehrmals bey der namentlich erwähnten Inofficiositätsklage vor. Der sequens, der zur Klage zugelassen werden soll, kann Niemand seyn, welcher mit dem, der im angenommenen Fall die Querel nicht anstellen will oder kann, in gleichem Grad oder gleicher Klasse steht, denn sonst würde man sich des Ausdrucks alter haben bedienen müssen, er muß also aus einer folgenden Klasse seyn. Z. B. der Vater hat seinen einzi-

---

31. D. de inoff. test. Schulting Jurisprudentia Antejustinianea. p. 304. not. a. pag. 394. not. 1. Brissonius de verbor. signific. Centumviri. Wieling Jurisprud. restit. ad indic. ICtor. alphab. P. 1. p. 87. Guil. Pancirollus Thesaur. var. lection. Lib. 1.

d) L. 31. pr. D. de inoff. test. si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare: an sequens admittatur, videndum est, et placuit posse: ut fiat successioni locus.

gen Sohn auf eine rechtsgültige Weise enterbt, seinen Vater übergangen, und einen Fremden zum Erben eingesezt. Hier kann der Sohn die Inofficiositätsklage nicht anstellen, weil er seinem Vater, dem Testator, eine hinreichende Enterbungsursache gegeben hat. Der auf ihn folgende ist des Testators Vater, und dieser soll nach Paulus Meinung die Querel anstellen können e). Hätte in diesem Fall der Testator kein Testament gemacht, so wäre sein Sohn nicht enterbt worden, dieser hätte den Testator ab intestato geerbt, und alle Ascendenten desselben völlig ausgeschlossen. An den Vater des Testators wäre also gar kein Theil der Verlassenschaft gekommen, und der Pflichttheil, auf den er nach dem obigen Gesetz berechtigt seyn muß, kann kein Theil dessen seyn, was er erhalten hätte, wenn der Testator, sein Sohn, kein Testament gemacht hätte, denn so wie im lezten Fall sein Erbtheil ein Nichts gewesen wäre, so müßte sein Pflichttheil ebenfalls ein Nichts seyn, weil es ein Theil von jenem seyn soll.

---

e) Faber rational in Pandect. Tom. 2. P. 1. p. 189. Derselbe Errores pragmat. et interpret. jur. P. 2. decis. 29. Er. 5. Duarenus Commentarius in Digesta L. 5. T. 2. cap. 8. Ernst Christian Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. Frankfurt und Leipzig 1790. Cap. 7. Abschn. 4. Absatz. 1. §. 1021.

2. Vor Justinian erbte ein Vater das Kind, das er einem andern zur Adoption gegeben hatte, und das durch den Tod seines Adoptivvaters sein eigener Herr geworden war, in der Intestatsuccession nicht, sondern er wurde, zwar nicht durch die leiblichen Brüder, denn diese verloren gleich dem leiblichen Vater ebenfalls die Rechte der Agnation und behielten blos die der Cognaten, [f]) wohl aber durch die Adoptivagnaten von der Erbschaft ganz ausgeschlossen [g]), dem ohnerachtet konnte er nach dem 4ten Buch von Marcians Institutionen [h]) gegen das Testament seines Sohns die Inofficiositätsklage anstellen [i]). Auch in diesem Fall konnte der Pflichttheil des leiblichen Vaters kein Theil von dem Erbtheil seyn, das er erhalten hätte, wenn sein Sohn ohne Testament gestorben wäre, denn alsdann hätte er gar nichts geerbt.

3. Ulpian sagt ebenfalls [k]), daß, wenn die Personen, welche in der Inofficiositätsklage den

---

f) Hugo Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. §. 58. 62. 166.

g) pr. §. 1. 2. 8. Inst. de legitima agnator. successione.

h) L. 30. D. de inoff. test. "Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

i) Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. §. 6. not. 84.

k) L. 25. §. 1. D. de inoff. test. "Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus, pro parte rescindere testamentum tentet, et unum

den Vorzug haben, gültig ausgeschlossen sind, der folgende, dem nach den allgemeinen Gesetzen diese Klage zukommt, dieselbe anstellen kann, und seinen Zweck damit erreicht. Z. B. ein übergangener Vater kann nicht das ganze Testament seines Sohns als inofficiös anfechten, weil darin die Mutter auf ein Viertel, und ein Fremder auf drey Viertel zu Erben ernannt sind, er will es also nur zum Theil anfechten, und klagt gegen den zum Erben eingesezten Fremden [l]), und da der Testator seinen Sohn, des Klägers Enkel, der dem Kläger eigentlich vorgegangen wäre, gültig enterbt hat, so erhält die angestellte Inofficiositätsklage ihre volle Wirkung [m]). Von einem solchen Fall verstehe ich das angeführte Gesetz; und auch dieß beweißt, daß Personen den Pflichttheil verlangen können, die ohne das Testament von der Erbschaft ganz ausgeschlossen gewesen wären, daß also der Pflichttheil, der doch in einen wirklichen Theil der Verlassenschaft bestehen soll, keinen Theil dessen ausmachen kann, was der, von dem die Rede ist, erhalten haben

---

sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat: dicendum est, quia testamentum pro parte valet, et praecedentis eum personae exclusae sunt, cum effectu querelam instituisse.

l) L. 13. Cod. L. 19. D. de inoff. test.

m) Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten ꝛc. Cap. 7. Abschn. 4. Absatz 1. §. 1015.

würde, wenn der Testator kein Testament gemacht hätte, weil im lezten Fall sein ganzer Erbtheil Nichts, folglich auch der mit dem Namen Pflichttheil bezeichnete Theil desselben wieder Nichts gewesen wäre. Endlich

4. sagt auch Papinian [n]), daß wenn die Enterbung der Kinder für gültig erkannt worden, der übergangene Vater die inofficiöse Querel anstellen und seinem Zweck damit erreichen kann. Also wieder ein Fall, wo der Vater den Pflichttheil erhalten muß, ob er gleich gar nichts erhalten hätte, wenn der Testator ohne Testament gestorben wäre, und wieder eine Bestätigung, daß der Pflichttheil der Eltern kein Theil dessen seyn könne, was sie erhalten hätten, wenn der Erblasser kein Testament gemacht hätte.

In allen den Fällen, wovon diese Gesetze reden °), kann also der Pflichttheil kein Theil von

---

n) L. 14. D. de inoff. testamento: "Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit; emancipatus susceptο postea filio, duobus exheredatis, patre praeterito, vita decessit: in questione de inofficioso testamento, praecedenti causa filiorum, patris intentio adhuc pendet, quod si contra filios judicetur: pater ad querelam vocatur et suam intentionem implere potest.

o) Eduardus Schrader Commentatio de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. In certamine literario civium academiae Georgiae Augustae die IV Junii 1802 praemio a rege

von der Erbportion seyn, die derjenige von dem die Rede ist, erhalten haben würde, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre. Da nun kein Gesetz bestimmt entscheidet, wovon in diesen Fällen der Pflichttheil berechnet werden soll, so müssen wir das von dem Pflichttheil der Kinder bestimmt gesagte analogisch auf den Pflichttheil der Eltern und Geschwister anwenden.

Die Kinder succediren in der Intestaterbfolge immer nach Stämmen [p]). Die Grösse der Intestaterbportion der Descendenten wird also blos nach den Stämmen bestimmt, und es ist daher bey den Descendenten völlig gleichgültig, ob ich sage: die Portion, die der Descendent erhält, wenn der Erblasser ohne Testament stirbt, oder: die Portion, die der Descendent erhält, wenn die Intestatsuccession die Klasse trift, worin er steht. Der Descendent mag in einem Grad und in einem Verhältniß stehen, worin er will, so wird bey Berechnung der Intestaterbportion immer auf die Stämme recurriret, und der Betrag der Portion bleibt also immer der nämliche, folglich auch der Betrag des Pflicht-

---

rege Britanniorum Augusto constituto ab illustri jure consultorum ordine ornata. Goettingae. Sect. 2. cap. 1. 2. 3. §. 22. ff.

p) §. ult. Iust. de hereditat. quae ab intestato deferuntur. Nov. 118. cap. 1. Voetius Tit. de inoff. test. §. 48. Hunnius in resolution. Lib. 3. tr. 1. q. 6.

theils, als des vierten Theils jener Portion q). Da dieß aber, wie ich oben gezeigt habe, bey den Eltern und Geschwistern nicht jedesmal der Fall ist, und die Gesetze den Pflichttheil der leztern nach den nämlichen Grundsätzen behandelt haben wollen, wornach der der Descendenten beurtheilt wird r), so muß ich die Entscheidung so annehmen, wie sie auf die Fälle, wovon die angeführten vier Gesetze reden, anwendbar, und den Grundsätzen von Berechnung des Pflichttheils der Descendenten nicht widersprechend ist. Ich glaube daher, der Pflichttheil der Eltern und Geschwister war vor Justinians Erhöhung in der Novelle 18 so viel als der vierte Theil derjenigen Portion des Vermögens des Erblassers, die der, welchen die Querel traff, erhalten haben würde, wenn die Intestatsuccession ihn und seine Klasse getroffen hätte. Nimmt man diese Bestimmung an, so wird man bey Berechnung des Pflichttheils der Kinder nie einen andern Betrag bekommen, als wenn man ihn nach der Erbportion berechnet, die sie erhalten hätten, wenn

---

q) L. 34. Cod. de inoff. test.

r) L. 1. D. §. 1. Inst. de inoff. test. L. 15. pr. D. eod. "Nam et si parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum, et naturalem erga filios charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus quam liberis pie relinqui debet."

der Erblasser ohne Testament gestorben wäre s). Auch bey den Eltern und Geschwistern giebt es alsdann keine Verschiedenheit, wenn in der Intestatsuccession ihnen niemand vorgegangen wäre; hätten aber die Eltern und Geschwister in der Intestatsuccession nicht geerbt, und ist ihnen nach besonderen Gesetzen doch die Inofficiositätsklage bewilligt, so bekommen sie, nach dem von mir aufgestellten Grundsatz, einen wirklichen Theil der Verlassenschaft, da sie nach der gewöhnlichen Bestimmung des Pflichttheils, als eines Theils der Portion, die sie erhalten hätten, wenn der Testator ohne Testament gestorben wäre, gar nichts wirkliches, reelles bekämen. t) Wenn derjenige, welchem die Querel zu Statten kommt, in der Intestatsuccession nicht mitgeerbt hätte, so muß der Fall, daß er und seine Klasse der nächste zur Intestaterbschaft wäre, fingirt werden, und darnach wird der Pflichttheil berechnet.

---

s) L. 34. Cod. de inoff. test.

t) Die andere Meinung haben bisher vorgetragen Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. §. 9. ff. Stein von pflichtwidrigen Testamenten ꝛc. §. 40. Seite 207. A. F. I. Thibaut System des Pandektenrechts. Jena 1802. Bd. 2. §. 913. J. Ch. Falckner Diss. de legitima. Ienae 1667. thes. 6. Hüpeden Diss. de nepotum quorundam portione legali. §. 16. Lilien Diss. de legitima. §. 5. Westenberg Diss. de portione legitima liberis, parentibus et fratribus relinquenda. Diss. 3. cap. 1.

§. 83.

Vorläuffige Widerlegung eines etwaigen Einwurfs.

Zwar wird Herr Hofrath Glück [a]) mir entgegen setzen: daß die Inofficiositätsklage auf zwey Punkte gehe, nämlich 1) auf Rescission des Testaments, und 2) auf Eröffnung der Intestatsuccession. In den Fällen, wovon die angeführten vier Gesetze reden, werde zwar das Testament rescindirt, sobald aber solches geschehen, trete die Intestatsuccession in das Vermögen des Erblassers ein, und der Kläger, der die Inofficiositätsklage angestellt, ohne daß ihn die Reihe der Intestatsuccession treffe, erhalte doch nichts von der Erbschaft [b]); es brauche also bey Bestimmung des Betrags des Pflichttheils auf solche Personen keine Rücksicht genommen zu werden, die doch niemals durch die Querel etwas erhielten, und die von mir angenommene Berichtigung sey ganz ohne praktischen Nutzen.

Um diesen Zweifel vorläuffig zu beantworten, übergehe ich alles, was zwar auf den ein-

---

a) A. a. O. §. 3. not. 15. S. 16. ff.

b) L. 6. §. 1. L. 19. D. de inoff. testam. Sam. Coccji Jus civile controversum Lib. 5. Tit. 2. quaest. 15. Lauterbach Collegium theoretico practicum Lib. 5. Tit. 2. §. 21. Puffendorf Observationes juris universi. Tom. 2. obs. 9. Reuter Diss. de effectu querelae inofficiosi testamenti juxta ordinem edicti successoriiu intuit non querentis.

geworfenen Grundsatz, aber nicht auf den Gegenstand, worauf es mir in diesen Augenblick ankommt, nähmlich auf allgemeine Bestimmung des Betrags des Pflichttheils, Bezug hat. Also blos hierauf Rücksicht genommen, ist es doch keinem Zweifel ausgesezt, daß derjenige, welcher eine hinreichende und wahre Enterbungsursache gegen seinen einzigen Sohn hat, diesen enterben und einen ehrbaren Fremden in seinem Testament zum Erben einsetzen könne, wenn er seinen noch lebenden Vater in Rücksicht des Pflichttheils befriedigt. Befriedigt er seinen Vater wegen des Pflichttheils nicht, so kann derselbe die Inofficiositätsklage anstellen c), und das Testament muß wenigstens rescindirt werden. In diesem Fall, bey dem ich auch noch annehme, daß der Verstorbene fünf vollbürtige Brüder hinterläßt, frage ich nun: wie viel muß der Testator seinem Vater geben, um sein Testament gegen die Inofficiositätsklage von Seiten seines Vaters, und sich gegen die Intestatsuccession in seinen Nachlaß zu sichern. Wie viel beträgt der Theil, der Pflichttheil, den der Testator in diesem Fall seinem Ascendenten lassen muß, wenn er nicht haben will, daß derselbe sein Testament durch die Inofficiositätsklage soll umstossen können, daß sein eingesezter ehrbare Erbe dadurch gar nichts, und sein Sohn, gegen den er eine gültige Enterbungsursache hat, alles,

---

c) L. 14. L. 25. §. 1. D. de inoff. test.

den ganzen Nachlaß wider seinen Willen bekomme? — — Sagen die Vertheidiger der vorigen Meinung: er muß dem Vater den vierten Theil von dem geben, was derselbe erhalten würde, wenn er kein Testament machte; — so antworte ich: machte der Testator kein Testament, so wäre der Sohn, vorausgesezt, daß er nicht auch zur Intestatsuccession ganz unfähig ist, der nächste, dieser schlösse den Vater aus, der Vater bekäme in der Intestatsuccession nichts, ein Viertel davon ist wieder nichts, folglich braucht der Sohn dem Vater nichts zu geben. — — Das ist und bleibt aber falsch, denn wenn der Vater nichts bekommt, so kann er nach L. 14. D. de inoff test. die Querel anstellen; und doch soll der Testator sich dagegen schützen können, wenn er seinem Notherben eine Quarte hinterläßt [d]). Es kann also diese Frage nach der gewöhnlichen Meinung gar nicht hinreichend beantwortet werden, und ihre Unrichtigkeit zeigt sich dadurch auffallend. — Ich würde sagen: der Testator lasse seinem Vater so viel als ein Viertel von der Portion, die er erhalten haben würde, wenn die Intestatsuccession ihn und seine Classe getroffen hätte. Z. B. Der Testator besizt überhaupt ein Vermögen von 1200 fl., hätte die Intestatsuccession ihn und seine Classe getroffen, so hätten die fünf vollbürtigen Brüder mit ihm zu gleichen Theilen concurrirt, jeder der sechs Erben,

d) L. 6. §. 6. 8. D. de inoff. test. §. 6. Inst. eod.

also auch der Vater, hätte in der Intestatsuccession nur 200 fl. erhalten, und davon macht, nach dem Antejustinianischen Recht, der Pflichttheil ein Viertel, folglich 50 fl.; auf diese setze er seinen Vater, auf die übrigen 1150 fl. den ehrbaren Fremden zu Erben ein, enterbe seinen Sohn, und dann kann er ruhig seyn, das Testament wird nicht durch die Querel umgeworfen.

§. 84.

3) Nach Justinians Erhöhung desselben durch die Novelle 18.

a) Welche Quote beträgt er in Rücksicht der Kinder?

Vor Justinian betrug also der Pflichttheil nur so viel als der vierte Theil von dem, was der dazu Berechtigte würde bekommen haben, wenn die Intestatsuccession ihn und seine Classe getroffen hätte; es wurde auf die Zahl der Personen, die dabey concurrirten, durchaus keine Rücksicht genommen, und wenn es deren viele waren, so wurde natürlicher Weise der Betrag des Pflichttheils oft äusserst gering, ja ganz unbeträchtlich für Kinder, die doch ihre Eltern durch nichts beleidigt hatten, und die drey Viertel ihres elterlichen Vermögens in den Händen entfernter Anverwandten, ganz fremder Personen, ja selbst in den Händen von Sklaven sahen, die durch die Gnade ihres Vaters auch schon die Freyheit erhalten hatten. Dieß schien dem Kaiser Justinian äusserst unbillig, er wollte die vorigen Gesetze ändern, um sie der natür-

lichen Liebe und den der Natur angemessenen Banden naher Verwandtschaft mehr anzupassen, und fand sich daher bewogen [a]), durch seine in griechischer Sprache unterm 1ten März, in lateinischer Sprache aber unterm 1ten April [b]) 536, nach Belisars Consulat [c]) verfaßten, jedoch erst am 1sten May desselben Jahrs publicirten [d]) Verordnung, Nov. 18. zu bestimmen, daß wenn die Eltern eins, oder zwey, oder drey, oder vier Kinder haben, sie denselben nicht blos, wie es vorher geschah, nur ein Viertel, sondern ein Drittel, vier Unzen: wenn sie aber mehr als vier, nämlich fünf, sechs, sieben u. s. w. Kinder haben, die Hälfte ihres Vermögens nothwendig hinterlassen müssen, worin die Kinder sich zu theilen haben; über die, je nach dem es nun vier und weniger oder fünf und mehr Personen sind, übrig bleibende zwey Drittel oder Hälfte seines Vermögens soll der Testator dann frey disponiren, und solches unter den Kindern nach Belieben und Willkür vertheilen, oder auch ganz Fremden zuwenden können. Und dieser

---

a) Nov. 18. praefat.

b) Nov. 66. cap. 1. §. 2.

c) Zepernick Delectus scriptorum novellas Iustiniani Imperatoris earumque Historiam illustrantium Halae 1783. S. 285. ff. Contius Chronolog. annor. et Consul. ac Indiction. Imperatoris Iustiniani. ad an. 536.

d) Nov. 66. cap. 1. §. 3.

Maasstab soll bey allen Personen beobachtet werden, welchen nach älterem Recht wegen des Viertels die inofficiöse Querel zustand [e]). Die ehemahlige Quarte ist also nun in ein triens oder semis erhöhet worden. Z. B. Der Testator besizt ein Vermögen von 12000 fl. und hat vier Kinder, welche er auf den Pflichttheil einsetzen will, hier muß er ihnen ein Drittheil seines Vermögens, also 4000 fl. lassen, jedes bekommt daher 1000 fl. als Pflichttheil: oder, wenn ihre Classe in der Intestatsuccession geerbt hätte, würde jedes 3000 fl. bekommen haben, davon ein Drittheil als Pflichttheil, beträgt ebenfalls 1000 fl. — Hat aber der Testator acht Kinder, so erhalten diese die Hälfte des Vermögens, also 6000 fl. zum Pflichttheil, davon fallen dann auf jedes der Kinder 750 fl.; oder, hätte ihre Classe in der Intestatsuccession geerbt, so hätte jedes 1500 fl. erhalten, und davon der Pflichttheil, weil es ihrer mehr als vier sind, die Hälfte, beträgt wieder 750 fl. [f]) — Die alten Rechtsgelehrten brachten diesen Satz, damit ihn ihre Lehrlinge besser lernen könnten, in folgenden Vers:

Quatuor aut infra dant natis jura trientem;
Semissem vero dant natis quinque vel ultra;
Arbitrium sequitur substantia cetera patris.

---

e) Nov. 18. cap. 1.

f) Nov. 22. cap. 48. pr. in fin. Nov. 39. cap 1. Nov. 92. Auth. Novissima. Cod. de inoff. test.

§. 85.

b. Die Erhöhung geht auch auf die entferntern Descendenten, auf die Ascendenten und Geschwister.

Die im vorigen Paragraph angeführte Novelle hat zwey sehr bedeutende Zweifel und Controverse unter den Juristen veranlaßt. Die erste ist: ob die Erhöhung des Pflichttheils auch den entferntern Descendenten, den Ascendenten, und Geschwistern zu statten komme, oder ob diese, wie vor der Novelle 18, nur ein Viertel als Pflichttheil erhalten und die Erhöhung einzig für die Kinder bestimmt sey.

Was vorerst die Descendenten entfernterer Grade betrift, so erwähnt Justinian derselben sehr deutlich in einer andern Verordnung[a]), wo er von der durch ihn erhöhten Pflichttheilsportion redet, und es ist daher keinem vernünftigen Zweifel unterworfen, daß dieselben den Vortheil der Erhöhung geniessen müssen[b]).

Aber nicht diese allein, sondern auch die Ascendenten und Geschwister müssen den erhöhten Pflichttheil erhalten, denn

1. Die Novelle 18. cap. 1 sagt am Ende ausdrücklich: hoc observando in omnibus personis in quibus ab initio anti-

---

a) Nov. 92. cap. 1. liceat patri mediocriter sapienti circa omnem prolem etc.

b) P. Müller Diss. de debito bonorum subsidio. cap. 4. §. 1. Carpzov Iurisprudentia forensis. P. 3. Const. 9. def. 4. Merlinus de legitima. Lib. 1, t. 392. n. 2.

quae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. — Und daß schon vor dieser Novelle den Eltern und Geschwistern die Inofficiositätsklage und das Recht auf ein Viertel als Pflichttheil zustand, setzen die deutlichsten Gesetze ausser Zweifel [c]).

2. Justinian sagt in einer erst später, nach der Novelle 18. erlassenen Verordnung: die Kinder müßten den Eltern den Pflichttheil geben, welchen die Gesetze und er bestimmt hätten [d]). Wenn das blos die alte Quarte hätte seyn sollen, so würde Justinian sich nicht auch selbst genannt haben; da er aber eine neue Verordnung wegen des Pflichttheils erlassen hatte, so muß man diese darunter verstehen [e]).

3. Einen Hauptgrund für die angenommene Meinung glaube ich in dem gesetzlich bestimmten Grundsatz zu finden: daß der Pflichttheil der Eltern eben so groß seyn soll, als der, der Kinder [f]). Dieser Grundsatz verbreitet sich durch

---

c) L. 1. 14. D. de inofficioso testam. §. 1. inst. eod.

d) Nov. 89. cap. 12. §. 3.

e) Glück a. a. O. Sect. 2. §. 16. Stein a. a. O. §. 49. S. 208.

f) L. 15. pr. D. de inofficioso testam. "Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas, propter, votum parentum et naturalem erga liberos charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet.

die ganze Antejustinianneische Lehre vom Pflichttheil, und man kann nicht annehmen, daß er stillschweigend sey aufgehoben worden. Die Novelle 18 enthält nicht ein Wort, das ihm zuwider wäre, sie hebt das gleiche Verhältniß von Pflichten und Rechten zwischen Kindern und Eltern nicht auf, und jener Grundsatz muß daher auch heut zu Tag noch gelten. Erhalten also jezt die Kinder ein Drittel oder die Hälfte als Pflichttheil, so müssen, kraft des angeführten Grundsatzes, die Eltern eben so viel bekommen.

Die meisten und bewährtesten Rechtsgelehrten nehmen daher die richtige Meinung an, daß auch der Pflichttheil der Ascendenten und Geschwister durch Justinian erhöhet worden sey g). Andere, besonders ältere Juristen, haben indessen zu behaupten gesucht: daß die Justinianische Erhöhung sich blos auf die Descendenten erstrecke, und daß der Pflichttheil der Eltern und Geschwister nach wie vor ein Viertel geblieben

---

g) Glück und Stein a. d. a. O. Lilien Diss. de legitima §. 6. Coccejus Ius civil. controvers. L. 5. T. 2. quaest. 28. Responsa Altorfensia Vol. 2. resp. 25. n. 9. ff. Reinharth select. observat. ad Christinaeum Vol. 1. obs. 54. n. 5. Van de Poll de exheredatione et praetenitione. cap. 64. §. 8. I. Voetius Commentarius ad Pandectas Tom. 1. L. 5. Tit. 2. §. 46. Westenberg a. a. O. Diss. 3. cap. 3. §. 13. ff. Hop-

sey [h]). Allein ihre Gründe sind äusserst unbedeutend, denn wenn sie sagen: der in der Vorrede zur Novelle 18 angegebene Grund zur nachfolgenden Disposition; daß die Kinder, die bey Lebzeiten ihres Vaters ganz wohlstehend gewesen, nach dessen Tod, wenn ihrer sehr viele wären, eine nur allzugeringe Portion erhielten und arme Leute seyen — falle bey den Eltern und Geschwistern weg, folglich müsse auch die darauf gegründete Verordnung weggefallen [i]); so bedarf dieser

---

pius Commentarius ad institutiones L. 2. Tit. 18. pag. 436. Hellfeld Iurisprudentia forensis secundum ordinem Pandectarum §. 544. Cujacius ad. Nov. 18. Huber Praelectiones ad institutiones. L. 2. Tit. 18. n. 11. Manz de testamento valido et invalido. Tit. 12. quaest. 6. ff. Zepernick historia juris civilis de legitima portione parentum. cap. 2. §. 13. Noodt Commentarius ad Digesta. Lib. 5. Tit. 2. P. Müller de debito bonorum subsidio cap. 4. §. 11. Falkner Diss. de legitima. thes. 9. Thibaut System des Pandekten-Rechts, Band 2. §. 913. Hüpeden a. a. O. §. 18.

h) Battandier de legitima. cap. 4. n. 31. Bachov ad Treutlerum Vol. 1. Diss. 13. thes. 13. Vaudus Variae quaestiones juris civilis. Hanoverae 1607. Lib. 1. cap. 50. Arnold. Vinrius Commentarius in institutiones. Lugdun. Batav. 1709. Lib. 2. Tit. 18. §. 3. n. 2. pag. 367. Sutholdus Diss. quibus universum jus institutionum ex principiis explicatur. Diss. 9. §. 33.

i) L. 6. §. 2. D. de jure patronatus.

Einwurf kaum einer Widerlegung. Nicht wegen Gleichheit des Grunds, sondern nach ausdrücklicher Bestimmung in dem Schluß des 1ten Capitels der Novelle 18. sollen die Eltern und Geschwister eben den erhöhten Pflichttheil wie die Kinder bekommen; wo die Worte des Gesetzes deutlich sind, darf man nicht auf die Veranlassung und den Grund desselben recurriren, um dem Gesetz eine verkehrte Anwendung und einen falschen Sinn beyzulegen[k]). Justinian erhöhete auch den Pflichttheil auf ein Drittel, wenn nur ein einziges Kind da war, warum soll er nicht ein Drittheil betragen, wenn die vier Großeltern, und die Hälfte, wenn vielleicht zehn Geschwister des Testators mit seinen Eltern concurriren? Hier trit ja offenbar der nämliche Grund, die starke Verringerung, wie bey den Kindern ein. — Das andere Argument, welches die Gegner daher nehmen, daß weder in der Inscription der Novelle 18, noch in der Novelle 39 und 92, wo Justinian ebenfalls vom erhöhten Pflichttheil redet, des Pflichttheils der Eltern und Geschwister gedacht sey, ist eben so unbedeutend als das vorige. Nicht die Inscription, sondern der vollständige Innhalt der Verordnung macht das Gesetz, in lezterem sind die Eltern und Geschwister unter dem allgemeinen Ausdruck aller Personen mitbegriffen. Die Novelle 39 handelt nicht von den Rechten aller Erben

---

k) I. Voorda Interpretationes et emendationes juris romani. cap. 1.

im allgemeinen, sondern speciell von den Rechten der Kinder; es geschahe der Erhöhung des Pflichttheils also auch nur in so weit Erwähnung, als die Gelegenheit, die Erbrechte der Kinder, sie veranlaßte. Der nämliche Fall ist es in der Novelle 92, wo von einer inofficiösen Schenkung eines Vaters gehandelt wird. Alle diese Gesetze übergehen die Erhöhung des Pflichttheils der Eltern und Geschwister mit Stillschweigen, es existirt aber kein neues nach verordneter Erhöhung des Pflichttheils erschienenes Gesetz, wo derselbe von der Erhöhung ausgenommen, oder noch als eines Viertels nur, mit einer Silbe gedacht wird. — Das lezte Argument, welches die Gegner anführen, ist endlich: daß ältere Gesetze nur durch ausdrückliche neuere, nicht aber durch die Interpretation der Rechtsgelehrten aufgehoben oder verändert werden können. Dieß gestehe ich zu, behaupte aber, daß hier das erstere der Fall ist, denn die Schlußworte des 1ten Capitels der Novelle 18 sind ausdrücklich und deutlich genug, welches sich noch mehr dadurch erweißt, daß Justinian in einem andern Gesetz l) sich beinahe ganz der nämlichen Worte an einem Ort bedient, wo Niemand daran zweifeln kann, daß eben so gut die Eltern und Geschwister als die Kinder darunter verstanden sind. m)

---

l) L. 35. §. 3. Cod. de inofficioso testamento.

m) Siehe vorzüglich Glück de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. §. 15.

§. 86.

c. Der Pflichttheil wird nach dem Theil des Vermögens berechnet, den jeder einzelne Erbe erhalten haben würde, wenn er und seine Klasse in der Intestatsuccession geerbt hätten.

Ich komme nun zur Festsetzung eines Grundsatzes, der auf die Lehre von Berechnung des Pflichttheils den ausgedehntesten Einfluß verbreitet, und eben so bestritten als wichtig ist — auf die genaue Bestimmung, nach welchem Vermögen oder nach welchem Theil des Vermögens das Drittel oder die Hälfte, welche die Summe des Pflichttheils ausmacht, berechnet wird. Ich muß mich näher erklären: der Pflichttheil ist durch die Novelle 18 von Kaiser Justinian, wenn es vier oder weniger auf ein Drittel, und wenn es fünf oder mehr Personen sind, auf die Hälfte festgesezt (§. 84 und 85.); wird nun dieses Drittel oder diese Hälfte von dem gerechnet, was derjenige, dessen Pflichttheil bestimmt werden soll, erhalten hätte, wenn er und seine Classe in der Intestatsuccession zur Erbschaft gelangt wäre? oder von dem, was er erhalten hätte, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre? oder wird das Drittel und die Hälfte von dem ganzen Vermögen des Erblassers genommen und unter die vertheilt, welchen die Inofficiositätsklage zukommt? Dieß sind die drey verschiedenen Meinungen.

Die verschiedenen Worte und Berechnungsarten bringen keine verschiedene Wirkung hervor, wann

wann alle Notherben in der nämlichen Classe stehen und auch in der Intestatsuccession alle zugleich zur Erbschaft gelangt wären. Denn wenn der Testator z. B. nur vier Söhne hat, ein Vermögen von 1200 fl. besizt, und seine vier Kinder auf den Pflichttheil einsezt, so erhält jedes nach den drey Berechnungsarten immer nur 100 fl. als Pflichttheil. Nach der ersten Meinung muß man sagen: die vier Brüder hätten mit einander in einer Classe concurrirt, jeder hätte, wenn sie in der Intestaterbfolge zur Erbschaft gelangt wären, ein Viertel des ganzen Vermögens, also 300 fl. für sein Antheil erhalten, davon ein Drittel zum Pflichttheil gerechnet, so würde derselbe 100 fl. betragen. — Die zweite Meinung würde sagen: wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre, so hätten seine vier Kinder ihn geerbt, jeder hätte also für sein Antheil 300 fl. erhalten, davon ein Drittel zum Pflichttheil gerechnet, so betrüge derselbe 100 fl., also eben so viel als nach der ersten Meinung. — Die dritte Meinung endlich würde rechnen: da der Erblasser vier Kinder hat, so beträgt der Pflichttheil ein Drittel des ganzen Vermögens, folglich, da das Vermögen in 1200 fl. besteht, 400 fl.; in diese theilen sich die vier Kinder, und es erhält daher jedes zu seinem Antheil 100 fl. — eben so viel als ihnen nach den beiden ersteren Meinungen zu Theil wurde.

Ein ganz anderes Resultat ergiebt sich aber z. B. im folgenden Fall: der Erblasser hinterläßt einen Sohn, einen Vater, und drey vollbürtige Geschwister; seinen Sohn enterbt er gültig, seinen Vater übergeht er und sezt einen ehrbaren Fremden zum Erben in sein 12000 fl. betragendes Vermögen ein. Hier sagt die erste Meinung: der Sohn ist rechtmäsig enterbt, er kann also keinen Pflichttheil fordern; der Vater hätte, wenn er und seine Classe in der Intestatsuccession zur Erbschaft gelangt wäre, mit den drey vollbürtigen Geschwistern des Erblassers zu gleichen Theilen concurrirt, es wären also vier Erben gewesen, und jeder hätte also 3000 fl. zu seinem Erbtheil erhalten, davon beträgt der Pflichttheil ein Drittel, weil es vier Erben wären, folglich beträgt derselbe für den Vater 1000 fl. — Nach der zweyten Meinung würde müssen gesagt werden: der Sohn ist gültig enterbt, ihm gebührt also kein Pflichttheil; wäre der Erblasser ohne Testament gestorben, so wäre der Sohn nicht enterbt worden, dieser hätte das ganze Vermögen, der Vater aber in der Intestatsuccession gar nichts erhalten, folglich kann auch der Vater gar nichts als Pflichttheil bekommen. — Die dritte Meinung endlich sagt: da der Sohn enterbt, und ein ehrbarer Fremder zum Erben ernannt worden, so ist der Vater der einzige, dem die Querel zusteht, mithin beträgt der Pflichttheil ein Drittel des ganzen Vermögens, 4000 fl.; da auser dem Vater Niemand existirt, dem die

Inofficiositätsklage zukommt, so behält der Vater den Pflichttheil, 4000 fl. ganz allein. — Nach der ersten Meinung erhielt der Vater als Pflichttheil 1000 fl., nach der zweyten Meinung nichts, und nach der dritten Meinung 4000 fl. — welche Verschiedenheit! — Die feste Bestimmung eines Grundsatzes ist daher alsdann von der größten Wichtigkeit, wenn auser denen Personen, welche auf den Pflichttheil berechtigt sind, noch andere vorhanden sind, welche in der Intestatsuccession jene ausgeschlossen oder zugleich mit denselben succedirt hätten.

Bey der Untersuchung über den rechten Grundsatz kann ich mich hier kürzer fassen, da ich in den vorhergehenden Paragraphen schon manches aus einander gesezt habe, was jezt den wichtigsten Einfluß hat. Wenn ich also

1. auf das Antejustinianische Recht zurückgehe, so beziehe ich mich lediglich auf den §. 82., wo ich gezeigt habe, daß damals der Pflichttheil so viel betrug, als der vierte Theil derjenigen Portion des Vermögens des Erblassers, die der, welchen die Querel traf, erhalten haben würde, wenn die Intestatsuccession ihn und seine Classe getroffen hätte.

2. Es müßte also, wenn jener ältere Grundsatz nicht mehr gelten sollte, von Justinian derselbe aufgehoben worden seyn; eine so wichtige Veränderung aber kann und darf man nicht anders

als bey deutlicher gesetzlicher Bestimmung annehmen, und eine solche existirt nicht. Zwar sagt Justinian [a]): der Pflichttheil soll in Zukunft das Drittel oder die Hälfte des ganzen Vermögens seyn; allein er sagt das nur da, wo er gerade von Kindern redet, die ein völlig gleiches Recht hatten [b]). Der Pflichttheil solcher Kinder soll der dritte Theil oder die Hälfte des ganzen Vermögens seyn, und dabey bleibt auch das Resultat nach allen drey Meinungen immer das nämliche; die Kinder hatten nie Concurrenten aus einer aufsteigenden oder Seitenlinie, und in dem Fall, den Justinian vor Augen hatte, standen die Rechte aller vorhandenen Kinder einander gleich, die Succession derselben blieb bey der Entscheidung nach seinen gebrauchten neuen Worten eben so wie nach den ältern Gesetzen, und es war also gleichviel, welcher Ausdrücke er sich bediente; man kann daraus keine so wichtige Neuerung ziehen, als aus einer Veränderung des alten Grundsatzes entstehen würde.

3. Wie wenig Wichtigkeit Justinian auf den Ausdruck: dimidia pars totius substantiae gelegt, und wie wenig er die Absicht gehabt, dadurch die ganze vorige Berechnungsart zu verändern, zeigt sich besonders darin, daß er in einer nur wenige Tage nach der Novelle 18, noch

---

a) Nov. 18. cap. 1.

b) Nov. 18. cap. 1. "et inter singulos aequaliter dividatur" — nach Hombergks Uebersetzung.

im nämlichen Frühling des Jahrs nach Belisars Consulat abgefaßten Verordnung c) des auf ein Drittel und die Hälfte erhöheten Pflichttheils, als eines partis ab intestato filiis relinquendae, und als eines partis substantiae als ganz gleichbedeutend erwähnt. Hätte er in seiner wenige Tage vorher erlassenen Verordnung durch die Worte totius substantiae eine so wichtige Veränderung vornehmen wollen, so würde er solche gewiß so ganz kurz hernach nicht wieder als gleichbedeutend gebraucht haben.

4. Allen Zweifel über die Absicht des Gesetzgebers hebt endlich noch derselbe selbst in dem nämlichen Gesetz d), wo er sagt: daß er blos die Grösse des Pflichttheils, nämlich von einem Viertel auf ein Drittel und die Hälfte erhöhet habe, und daß alle andere über den Pflichttheil vorher vorhanden gewesene und auch durch ihn selbst erlassene Gesetze und angenommene Grundsätze durchaus in ihrer vollen Kraft bleiben sollen. Hier also die neueste Bestäti-

---

c) Nov. 22. cap. 48.

d) Nov. 18. cap. 2. Excipiatur autem a nobis de curialibus nuper posita lex — — —: omnibus aliis de inofficioso positis legibus, et praecipue nostris, in sua virtute servandis, et de ingratis filiis et de naturalibus, praeter solam quantitatem, quam ad praesens auximus secundum omnes praedictas definitiones.

gung aller in den §. §. 81. 82. 84. aus den Institutionen, Pandekten und dem Codex ausgezogenen Gesetzstellen.

5. Eben diese Absicht bestätigt Justinian auch noch sehr deutlich in einer spätern Novelle[e]), wo er bestimmt erklärt: daß die einzige Neuerung, welche er verordnet habe, darinn bestehe, daß, das vormalige Viertel des Pflichttheils nun ein Drittel oder die Hälfte nach der Anzahl der Personen seyn solle.

Nach diesen gesetzlichen Weisungen[f]) kann ich daher keine Veränderung in der Art, den Pflichttheil zu berechnen, zulassen, sondern behaupte, daß derselbe nach der Novelle 18 und jezt noch eben so berechnet werden müsse, wie er vor der Erscheinung dieser Novelle berechnet wurde; es gilt also jezt so wie vormals der Grundsatz: der Pflichttheil wird nach der Portion des

---

e) Nov. 39. cap. 1. — hoc vero novantes solummodo: ut si quis de caetero restitutionem fecerit suarum rerum, primum quidem servet filio legitimam partem, non quartam (hoc enim emendavimus, inopiam ejus plurimam reprehendentes, sed tertiam, modis omnibus, aut mediam secundum filiorum numerum.)

f) Nach den Ansichten der Gesetze, worauf ich hier aufmerksam mache, gewinnt wohl die Gewißheit des zu beweisenden Satzes mehr als blos durch die, welche Glück a. a. O. Sect. 2. hervor gezogen hat.

Vermögens des Erblassers berechnet, die der dazu Berechtigte erhalten haben würde, wenn die Intestatsuccession ihn und seine Klasse getroffen hätte; wie ich solches von dem antejustinianischen Recht im §. 82. mit Mehrerem gezeigt habe.

§. 87.

Widerlegung der gegentheiligen Meinungen.

Die zweyte im vorigen Paragraph angeführte Meinung nimmt eben so wie ich an: daß durch die Novelle 18 die Art der Berechnung des Pflichttheils nicht geändert worden sey, sondern daß dieselbe noch ganz so, wie sie vor Justinian geschehen, vorgenommen werden müsse. In so fern sind wir also ganz einig, und nur in der antejustinianischen Berechnungsart sind wir verschieden. Da ich mich aber hierüber schon in den §. §. 81 und 82 erklärt habe, so beziehe ich mich statt einer Widerlegung nur auf das dort schon Gesagte, wo ich gezeigt habe, daß der von den Gelehrten, die diese zweyte Meinung vertheidigen, angenommene Grundsatz, in dem Fall wo jemanden die Querel zusteht, der nicht zugleich wirklicher Intestaterbe ist, ein ganz falsches Resultat liefert, oder unzureichend ist. [a])

---

a) Diese zweite Meinung haben vertheidigt: Christ. Fried. Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate ad Nov. 18. cap. 1. in opuscul. fasc. 3. Nro. 1. Stein Versuch

Die dritte Meinung, daß nämlich das Drittel oder die Hälfte von dem ganzen Vermögen des Erblassers genommen und unter die vertheilt werde, welchen die Inofficiositätsklage zu-

---

einer theoretisch praktischen Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben. Erlangen 1798. Karl Friedrich Gerstlacher Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils der Eltern, Kinder und Geschwister, wenn der überlebende Ehegatte miterbt; zur Erläuterung verschiedener Landrechte, besonders III Theils XIV Titels des Herzoglich Würtembergischen Landrechts. Stuttgart 1772. §. 10 und 11. Derselbe Bestätigung und nähere Erläuterung der neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils. Stuttgard 1776. §. 9. W. C. F. J. (Jäger) Ohnpartheyische Prüfung der Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils als eine Vertheidigung der Beweisgründe von der neuen Meinung des Herrn Hofraths Gerstlacher 1773. J. Christ. Claproth Diss. de computo legitimae secundum Personas. Goettingae 1739. §. 21. A. W. Meyer Diss. de determinanda legitimae quantitate. Goettingae 1776. §. 6. ff. Herm. Ern. Rumpel Diss. de juribus quae liberis competunt. Erfordiae 1759. §. 43. pag. 35. Scherz Diss. de computatione legitimae secundum personas. Schroeder Prog. II. quomodo computanda sit legitima liberis, parentibus atque fratribus debita, si vi-

kommt, hat auch viele und angesehene Vertheidiger gefunden. [b]) Die Gründe, welche die ältern Vertheidiger dieser Meinung angegeben haben, hat der Herr Hofrath Glück [c]) schon widerlegt, sie bedürfen also keiner wiederholten Abfertigung von mir.

---

dua quae portionem statutariam petit, concurrit. **Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. 3. Th. 1.** resp. 260. n. 42. Consilia Tübingensia Vol. 1. Cons. 46. n. 25. **Westphal von Testamenten, deren Erblasser und Erben** ꝛc. §. 393. a. S. 278. ff. Georg Sam. Madihn Diss. de legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis. §. 6. Falkner Diss. de legitima thes. 24. Cocceji Jus civile controvers. L. 5. Tit. 2. quaest. 18. Thibaut system des Pandektenrechts. Bd. 2. §. 913.

b) Henr. Wagner Diatriba in qua demonstratur parentum portionem legitimam totius hereditatis trientem esse. Marburgi Cattor. 1772. **C. L. Christ. Röslin Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils** I. Stück 1772. §. 41. II. Stück 1773. §. 8. **Derselbe sechs Nachträge zu seinen Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils.** 1777. M. B. Hering Diss. de computanda legitima matris in concursu cum germanis praeteritis. Rostockii 1746. **J. A. Kolmar vom Pflichttheil der Eltern vorzüglich nach Nürnbergischen Rechten. Nürnberg** 1785.

c) Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate ad Nov. 18. cap. 1. Sect. 3. §. 15. ff. in Opuscul. Fasc. 3. S. 175 ff.

§. 88.

Widerlegung des Herrn Professors Madihn ersten Arguments.

Beynahe zur nämlichen Zeit mit Glück's Dissertation erschien ein Programm von Herrn Madihn [a]), welches die dritte Meinung vertheidigt oder vielmehr die Unrichtigkeit der zweiten Meinung zeigen will, und dessen Gründe Herr Hofrath Glück noch nicht widerlegt hat; ich will daher ihre Stärke hier untersuchen.

Madihn sagt: der Pflichttheil kann kein Theil der Intestaterbschaft seyn, denn

1. der Pflichttheil wurde eingeführt um die Inofficiositätsklage zu verhüten [b]), wem

---

a) Solemnia inauguralia Joh. Theoph. Henr. Pirneri ad d. 23. Sept. 1788. Publice celebranda indicit Ludovicus Gothofredus Madihn Ord. JCtorum h. t. Decanus de portione legitima non portione portionis ab intestato debitae: Trajecti ad Viadrum. — Steht auch in Klüber's kleiner juristischer Bibliothek 13tes Stück 1789. Nro 47. — Die Glückische Dissertation erschien den 18ten October 1788 zu Erlangen.

b) §. 6. Inst. de inoff. test. igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit — quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est: ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur.

diese zusteht, der kann auch den Pflichttheil verlangen, und zwar in so weit als ihm die Querel zukommt; da nun diese nur in folgender Ordnung angestellt werden kann: 1) von den Kindern: 2) von den Eltern, und nach diesen 3) von den Geschwistern, wenn ihnen eine unehrbare Person vorgezogen worden ist, so haben weder Descendenten mit Ascendenten, noch diese mit Seitenverwandten in Anstellung der Querel noch Forderung des Pflichttheils concurrirt. c)

Allein der §. 6. Inst. de inoff. test. sagt zwar, daß derjenige, der die Quarte erhält, die Inofficiositätsklage nicht anstellen könne, aber daraus folgt noch keineswegs, daß die Grösse der Quarte blos nach der Zahl derer bestimmt werde, welche die Querel anstellen können. Ein anderes ist: ob mir eine bestimmte Klage zusteht, ein anderes: wie viel ich durch die Anstellung dieser Klage erhalte. Mehrere Verkäuffer können die actio venditi auf den ganzen Kaufschilling anstellen, und der einzelne Mitverkäuffer klagt mit der nämlichen actio venditi auf seinen Antheil am Kaufschilling, und diese Klage bleibt immer die nämliche, der Antheil des einzelnen mag berechnet werden nach welchem Maasstabe er immer will; so bleibt auch die Inofficiositätsklage die nämliche, man mag den Pflichttheil berechnen, wie man will. — Die Schlußworte des an-

---

c) L. 14. D. de inoff. testam.

geführten §. 6. Inst. beweisen auch nichts, denn eines Theils sieht man aus dem Ganzen, daß die Absicht des Gesetzgebers blos dahin gieng, zu erklären: daß wenn es auch mehrere Personen sind, denen es erlaubt ist die Querel anzustellen, doch nicht jeder derselben ein Viertel des ganzen Vermögens erhalten soll, sondern daß der Testator überhaupt höchstens nur ein Viertel des Vermögens den Notherben lassen muß, und über drey Viertel frey disponiren könne. Andern Theils ist auch nicht gesagt, nach welchem Maasstabe die Rata des einzelnen Notherben bestimmt — ob bey Bestimmung der Rata der Eltern die Portion, welche dieselbe erhalten hätten, wenn die Intestatsuccession sie und ihre Classe getroffen hätte, oder ob die Zahl derer, welchen die Inofficiositätsklage neben ihnen zukommt, zum Maasstabe angenommen werden soll. — Wenn man auch in dem Sinn, wie Herr Madihn es thut, annimmt, daß der, welcher die Querel anstellen kann, nur in so weit den Pflichttheil fordern könne, als ihm die Querel zusteht, so folgt doch daraus nichts, was unserer Meinung entgegen stünde, man müßte denn den Satz, der eben bewiesen werden soll, schon als erwiesen voraussetzen, und annehmen, daß der Pflichttheil stets ein Viertel des ganzen Vermögens wäre; denn das Viertel von dem, was der Pflichttheilsberechtigte bekommen, wenn die Intestatsuccession ihn und seine Classe getroffen hätte, das mag er immerhin in so weit fordern als ihm die Querel zusteht, und es wird

keine Veränderung im Betrag zur Folge haben.— Daß die Geschwister, wenn eine unehrbare Person ihnen vorgezogen worden, nicht zugleich mit den Eltern, sondern erst nach denselben zum Pflichttheil berechtigt sind, kann mit nichts erwiesen werden (Thl. 1. §. 78.): denn die angeführte L. 14. D. de inoff. test. redet nicht von Eltern und Geschwistern, sondern einzig von Kindern und Eltern, bey denen auch eine Concurrenz noch nicht behauptet worden ist; aber gesezt Eltern und Geschwister concurrirten nicht in Anstellung der Querel und Forderung des Pflichttheils, so ist es doch ein ganz anderer Gegenstand, ob nicht die Grösse des Pflichttheils der Eltern, von der Mitexistenz der vollbürtigen Geschwister abhängt.

§. 89.

Madihns zweytes Argument.

Als zweytes Argument für die dritte, oder eigentlich als Zweifelsgrund gegen die zweyte Meinung, sagt Madihn: der Pflichttheil bezog sich nicht auf die Intestaterbfolge, denn die bey dieser beobachtete Ordnung ward nicht bey der Inofficiositätsklage befolgt. Bey dieser folgten auf die Kinder sogleich die Eltern mit Ausschluß der Geschwister, und dennoch giengen in der Intestaterbfolge leztere den Eltern zuweilen vor, ja es bedienten sich ehedem selbst solche Personen der Querel die gar kein Erbrecht hatten, wenn sie nur Verdienste um den Testator dar-

thun konnten; die Geschwister konnten selbst nach dem neusten Recht erst dann die Querel anstellen, wenn ihnen eine unehrbare Person vorgezogen worden, ohnerachtet sie in der Intestatsuccession der Mutter zuweilen vorgezogen, zuweilen mit derselben zur Erbschaft zugelassen wurden. Die Eltern hingegen verlangen in jedem Fall den Pflichttheil, und stellen die Querel gegen jeden eingesezten Erben an. Ehedem mußte also der Sohn seiner Mutter den Pflichttheil oder die Falcidische Quart hinterlassen, das er bey den Geschwistern nicht nöthig hatte; sollten aber die Eltern die Querel nicht anstellen, so mußten sie die Falcidische Quart haben, und nicht einen Theil dieser Quart.

Daß nicht die nämliche Ordnung bey der Inofficiositätsklage befolgt wurde und noch jezt befolgt wird, welche bey der Intestaterbfolge gilt, ist richtig, wie ich solches §. 82 selbst gezeigt habe; allein dieß beweißt nur: daß der Pflichttheil nicht ein Theil der Erbportion seyn kann, die der Notherbe erhalten hätte, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre; daß aber seine Grösse, sein Betrag nicht nach dem Theil berechnet werden muß, den der, welchem die Querel zusteht, erhalten würde, wenn man den Fall annimmt, daß er und seine Classe in der Intestaterbfolge zur Erbschaft gelangte, das folgt noch gar nicht daraus. Jener Umstand betrift die Frage: wer kann klagen? Dieser, die Frage: wie viel bekommt jemand wann er klagt? oder, wie viel

muß jemand bekommen haben, wann er nicht soll klagen können? Die lezte Frage ergiebt sich nicht durch sich selbst aus der Beantwortung der ersten, sondern es müssen andere Normen zu Hülfe gezogen werden. — Daß ganz fremde nie zur Intestatsuccession kommende Personen, die sich nur um den Testator wohl verdient gemacht hatten, ehemals die Inofficiositätsklage anstellen konnten, ist noch ganz unerwiesen (Thl. 1. §. 7.); und gesezt, es sey so gewesen, so war es zu einer Zeit, wo die Lehre vom Pflichttheil erst keimte, noch ganz unausgebildet war, und wo der Pflichttheil blos von der Willkühr der Rechtsgelehrten abhieng, wo diese ohne irgend eine feste Regel nach ihrem Gutdünken sagten: ob jemand die Querel solle anstellen können, und auf wie viel sie gehen solle (§. 80.). Sobald die Lehre vom Pflichttheil aber festeren Fuß faßte; wurde jene Freyheit aufgehoben, und die Querel nur denen gestattet, die mit dem Testator verwandt, und die unter übrigens gleichen Umständen fähig waren in der Intestatsuccession die Verlassenschaft ganz oder zum Theil zu erhalten (§. 81.). Was Herr Madihn von einer gleichen Bedeutung der Falcidischen Quart mit dem Pflichttheil anführt, hat schon oben (§. 9.) seine Berichtigung erhalten.

§. 90.

Madihns drittes Argument.

Madihn führt ferner als einen Grund gegen die Richtigkeit der zweyten Meinung an:

daß in den Gesetzen selbst der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion genannt werde, sey zwar richtig; allein in dem Fall, wovon die Gesetze alsdann reden, nämlich bey dem Pflichttheil der Kinder, sey es eine blos zufällige Uebereinstimmung, daß der Pflichttheil als ein Theil der Intestaterbportion berechnet, eben so viel betrage, als wenn man ihn als einen Theil sämtlicher Güter berechnet; es dürfe daher eine solche Benennung auf andere ganz verschiedene Fälle nicht ausgedehnt werden, denn nach älterem Recht werde der Pflichttheil quarta pars omnium bonorum, oder quarta falcidia genannt.

Ich antworte: mit eben dem Recht, womit Madihn behauptet: es sey Zufall, daß der Pflichttheil der Kinder, wenn man ihn als einen Theil der Intestaterbportion berechnet, mit dem, wenn man ihn vom ganzen Vermögen berechnet, übereinstimmt, mit eben dem Recht haben Glück und andere behauptet: es sey Zufall, daß er, wenn man ihn vom ganzen Vermögen berechnet, mit dem übereinstimmt, wenn er von der Intestaterbportion berechnet wird. Madihn setzt hier den zu beweisenden Satz wieder als schon erwiesen voraus, und dadurch bleibt er ganz unerwiesen. — Auch ist es unrichtig, daß die Gesetze blos von Kindern reden, wenn sie sagen: der Pflichttheil betrage so viel als ein Theil der Intestaterbportion des Pflichttheilsberechtigten, dieß mag nun die wirkliche oder fingirte Intestat-

succession seyn; denn in der L. 31. Cod. de in inoff. test., welche schon im Jahr 528, also lange vor der Novelle 18. erschien, spricht Justinian ganz allgemein von allen Personen, denen der Pflichttheil gebührt, ohne besondere Beziehung auf die Descendenten. Eher ist der Ausdruck, der Pflichttheil sey ein Theil des ganzen Vermögens, zufällig eingeflossen, denn nirgends ist derselbe gebraucht worden, wenn die Grösse des Pflichttheils beschrieben werden sollte, sondern wann dieß geschieht, wann in den Gesetzen bey den Worten quarta pars sich noch ein id est, oder scilicet findet, so folgt ab intestato successionis nie id est, oder scilicet omnium bonorum.

§. 91.

Madihns viertes Argument.

Wollte man, sagt Madihn ferner, annehmen, daß der Pflichttheil in allen und jeden Fällen ein Theil der Intestaterbschaft sey, und daß folglich bey der Legitima der Eltern auch die Geschwister mitgezählt werden müßten, so würde gleichwohl alsdann, wann die Geschwister im Testament übergangen worden sind, und daher nichts von der Erbschaft verlangen können, deren Antheil an der Legitima den Eltern zu gut kommen. Denn wenn der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbschaft ist, so muß er auch ganz nach der Intestaterbfolge sich richten, das heißt, er muß ein Drittel oder die Hälfte seyn, diese muß unter die in der Intestaterbfolge concurri-

rende Erben vertheilt werden, da aber in dem angenommenen Fall die Geschwister in dem Testament übergangen worden, so erhalten sie nichts von der Erbschaft, folglich auch nichts von dem Pflichttheil; und der auf die Seitenverwandte fallende Theil der Legitima müßte den Eltern auf eben die Art accresciren, wie der Antheil eines rechtmässig enterbten Sohns, und nach der gemeinen Meinung, eines enterbten Bruders, den übrigen zu gut kommt, weil nach den Gesetzen [a]) das jus accrescendi oder vielmehr das jus non decrescendi stets beim Pflichttheil statt gefunden hat.

1) Allein der Fall, welchen Paulus in der L. 23. §. 2. D. de inoff. test. aufstellt, war folgender: Ein Vater hat nur zwey Söhne, welche er beide enterbt, er sezt einen Fremden zum Erben ein, und nach des Vaters Tod stellen beide Söhne zusammen die Inofficiositätsklage wirklich an; bald aber besinnt sich der eine Sohn anders und steht von der Klage ab, der andere klagt fort und gewinnt den Proceß. Hier, sagt Paulus, wächst der Theil dessen, der von der Klage abgestanden ist, dem andern zu, der dieselbe fort-

---

a) L. 23. §. 2. D. de inoff. testam: "si duo filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere: pars ejus alteri adcrescit. — L. un. Cod. quando non petentium partes petentibus adcrescant.

gesezt hat. Allein der Theil, der diesem zufällt, ist nicht der Pflichttheil, sondern der Intestaterbtheil; denn beide Söhne waren ganz enterbt: durch die angestellte und gewonnene Inofficiositätsklage fiel also das ganze Testament um, und es trat die Intestatsuccession ein, die beiden enterbten Söhne waren die einzigen Intestaterben, und diese erhielten nicht blos den Pflichttheil, nicht blos den vierten Theil der Verlassenschaft, sondern den ganzen vollkommenen Nachlaß; da aber der eine Bruder auf die schon angestellte Inofficiositätsklage entsagte, so entsagte er dadurch auf sein Intestaterbrecht, und weil durch seines Bruders gewonnene Klage kein Testamentserbe mehr existirte, so war dieser alleiniger Erbe, und erhielt ausser seinem eigenen auch noch das Intestaterbtheil seines repudiirenden Bruders. Dieß ist der wahre Sinn des Gesetzes, den eben der Paulus, von dem jenes Gesetz entlehnt ist, an einem andern Ort deutlicher erklärt. [b])

---

b) L. 17. D. de inoff. testam: "Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde, si, de inofficioso testamento patris alter ex liberis ex heredatis ageret: quia, rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic, qui abtinuerit, uteretur rei judicatae auctoritate, quasi Centum viri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.

2) In dem andern Gesetz, auf welches Madihn sich beruft, L. un. Cod. quando non petent. part. petentib. adcrescant, ist nicht mit einem Wort von dem Pflichttheil die Rede, es handelt lediglich von der Würkung der bonorum possessio, wann einige dieselbe verlangen, andere mit jenen in gleichem Grad stehende sich derselben nicht bedienen, hier sollen diejenigen, welche sich nicht melden, nichts erhalten, sondern ihr Antheil soll gleich, als wenn sie die Erbschaft repudiirt hätten, den sich Meldenden zuwachsen. Die bonorum possessio geht aber nicht blos auf den Pflichttheil, sondern auf die ganze Erbschaft, sie trit ganz an die Stelle der Erbschaftsklage, und so wie bey dieser, sie mag nun von Verwandten oder ganz Fremden, etwa einem Testamenterben angestellt werden, das jus accrescendi auf den Antheil des repudiirenden Miterben eintrit, so soll das auch bey der bonorum possessio gelten, die Erben mögen solche nun nicht anstellen wollen, oder nicht mehr anstellen können, weil sie die dazu bestimmte Zeit versäumt haben[c]). Es kann also von diesem Falle kein Argument auf die Berechnung des Pflichttheils gezogen werden.

3) Madihn sezt auch hier den zu beweisenden Satz voraus und argumentirt nach demselben, wenn er sagt: der Pflichttheil müsse ein Drit-

---

c) L. 3. §. 9. L. 4. D. de bonorum possessionibus.

tel seyn, und dieses unter die in der Intestaterbfolge concurrirende Erben vertheilt werden. Der Pflichttheil darf nie vom ganzen Nachlaß, sondern muß stets nach der Portion des einzelnen Erben berechnet werden; dieß ist eben das, worum der ganze Streit sich drehet.

4) Madihn begeht den Fehler, daß er, indem er den Pflichttheil nach der Intestatsuccession berechnen will, zugleich auf die testamentarische Succession kommt, und auch diese anwendet; denn wenn man blos die Intestatsuccession vor Augen hat, so kann man die Geschwister nicht als übergangene Erben ansehen, dieß werden sie erst durch das Testament; und doch gründet Madihn auf die Qualität präterirter Erben das jus accrescendi der Eltern da, wo er sagt: er vertheile und beurtheile den Pflichttheil nach der Intestatsuccession.

§. 92.

Madihns fünftes Argument.

Endlich führt Madihn noch an: aus der entgegengesezten Meinung würde die Ungereimtheit folgen, daß wenn Kinder von vollbürtigen Geschwistern neben der Muter existiren, leztere nur denjenigen Theil erhielte, welchen sie bey der Koncurrenz mit diesen in der Intestaterbfolge bekommen hätte, da doch Bruderskinder keine Notherben sind und keinen Pflichttheil verlangen können; hingegen wenn vollbürtige Geschwister selbst existiren, so würde die Mutter den

ganzen Pflichttheil, nämlich ein Drittel erhalten, ohnerachtet die Geschwister doch in gewisser Rücksicht Notherben sind.

Dieß Argument ist blos auf das vorhergehende gebaut, und so wie jenes widerlegt ist, kann auch dieses nicht mehr bestehen; denn auch im lezten Fall, in der Concurrenz mit Geschwistern ist der Pflichttheil der Mutter nur so viel als ein Theil der Portion, die sie erhalten haben würde, wenn die Intestatsuccession sie und ihre Classe getroffen hätte, — die vermeinte Ungereimtheit existirt also gar nicht.

Zweyter Abschnitt.

Von dem Betrag des Pflichttheils in besonderer Rücksicht auf die bey dessen Bestimmung vorkommende Personen.

§. 93.

Regel über die bey Bestimmung des Pflichttheils mitzuzählende Personen.

Der Pflichttheil beträgt eine Quote, und zwar nicht immer die nämliche, sondern je nach dem vier und weniger oder fünf und mehr Personen concurriren, ist derselbe ein Drittel oder die Hälfte von dem Theil, den der Pflichttheilsberechtigte erhalten haben würde, wenn die Intestatsuccession ihn und seine Classe getroffen hätte. (§. 82.) Es muß daher untersucht werden, welche Personen mitzuzählen sind, um die Quote, ein Drittel oder die Hälfte zu bestimmen, und welche mitzuzählen sind, um den Betrag des Theils zu bestimmen, den der Pflichttheilsberechtigte erhalten haben würde, wenn ihn die Intestatsuccession getroffen hätte.

Als Regel gilt hierbey unstreitig der Satz: daß alle die Personen mitzuzählen sind, welche

in der Intestatsuccession mitgeerbt hätten [a]), wenn der Pflichttheilsberechtigte dazu gelangt wäre, und zwar müssen sie auch so mitgezählt werden, wie sie in dieser Intestatsuccession mitgezählt würden.

Alle Personen hier durchzugehen, welche ein Intestaterbrecht nach Verschiedenheit der Classen haben, liegt weit ausserhalb meiner Sphäre, ich beziehe mich daher auf die Schriften, in welchen die Intestaterbfolge abgehandelt ist. [b]) Da aber bey einigen Personen es in Zweifel gezogen wird, ob und wie sie bey Berechnung des Pflichttheils mitzuzählen seyen, so muß ich über diese mich besonders erklären.

§. 94.

I. Classe der Descendenten.

1. Es sind blos Kinder vorhanden.

Wenn die Classe der Descendenten den Pflichttheil erhalten soll, so muß eben so wie überhaupt der Betrag desselben nach dem berechnet werden,

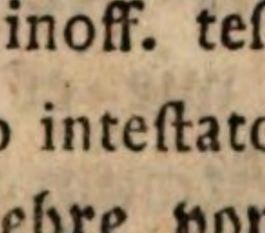
---

a) Thibaut System des Pandektenrechts. B. 2. §. 913.

b) Sam. Stryck tract. de successione ab intestato. Ioh. Christoph Koch successio ab intestato civilis. Giessae 1798. A. Rotgersius Commentatio de successione legitima imprimis secundum Nov. 118. C. F. Glück hermeneutisch systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge, nach den Grundsätzen des ältern und neuern römischen Rechts. Erlangen. 1803.

was jeder Descendent erhalten, wenn er in der Intestatsuccession geerbt hätte; da nun die Descendenten in der Intestaterbfolge die Erbschaft nach Köpfen oder nach Stämmen vertheilen, so müssen diese auch gezählt werden, wenn der Pflichttheil berechnet werden soll. [a])

Wenn also blos Kinder, Descendenten die im ersten Grad stehen, vorhanden sind, so succediren dieselben in der Intestatsuccession nach Köpfen. [b]) Sind in diesem Fall ein, oder zwey, oder drey, oder vier Kinder des Erblassers vorhanden, so beträgt der Pflichttheil ein Drittel; sind aber fünf oder mehrere Kinder da, so beträgt er die Hälfte. [c]) Z. B.



Der a. hat 12000 fl. hinterlassen, es würde also jedes der drey Kinder desselben in der Intestatsuccession 4000 fl. bekommen, und da es drey Köpfe sind, so ist der Pflichttheil so viel

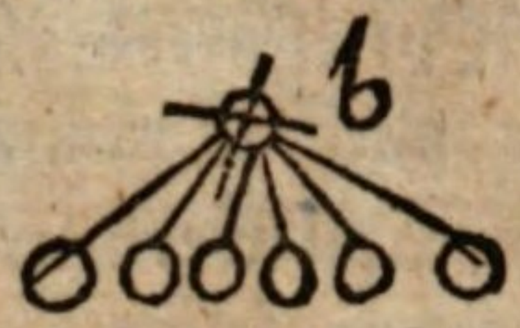
---

a) L. 8. §. 8. D. de inoff. test.

b) Koch successio ab intestato civilis. §. 23. Glück Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 30. und 99.

c) Nov. 18. cap. 1. B. Carpzov. Definitiones forenses. P. 3. Const. 12. def. 11. Westenberg de portione legitima. Diff. 3. cap. 3. §. 2.

als ein Drittel davon, also 1333 fl. 20 kr. Hingegen



von den sechs Kindern des b, welcher auch ein Vermögen von 12000 fl. hinterlassen, erhielte jedes Kind in der Intestatsuccession 2000 fl., und weil es sechs Köpfe sind, so beträgt der Pflichttheil die Hälfte davon, folglich für jedes 1000 fl.

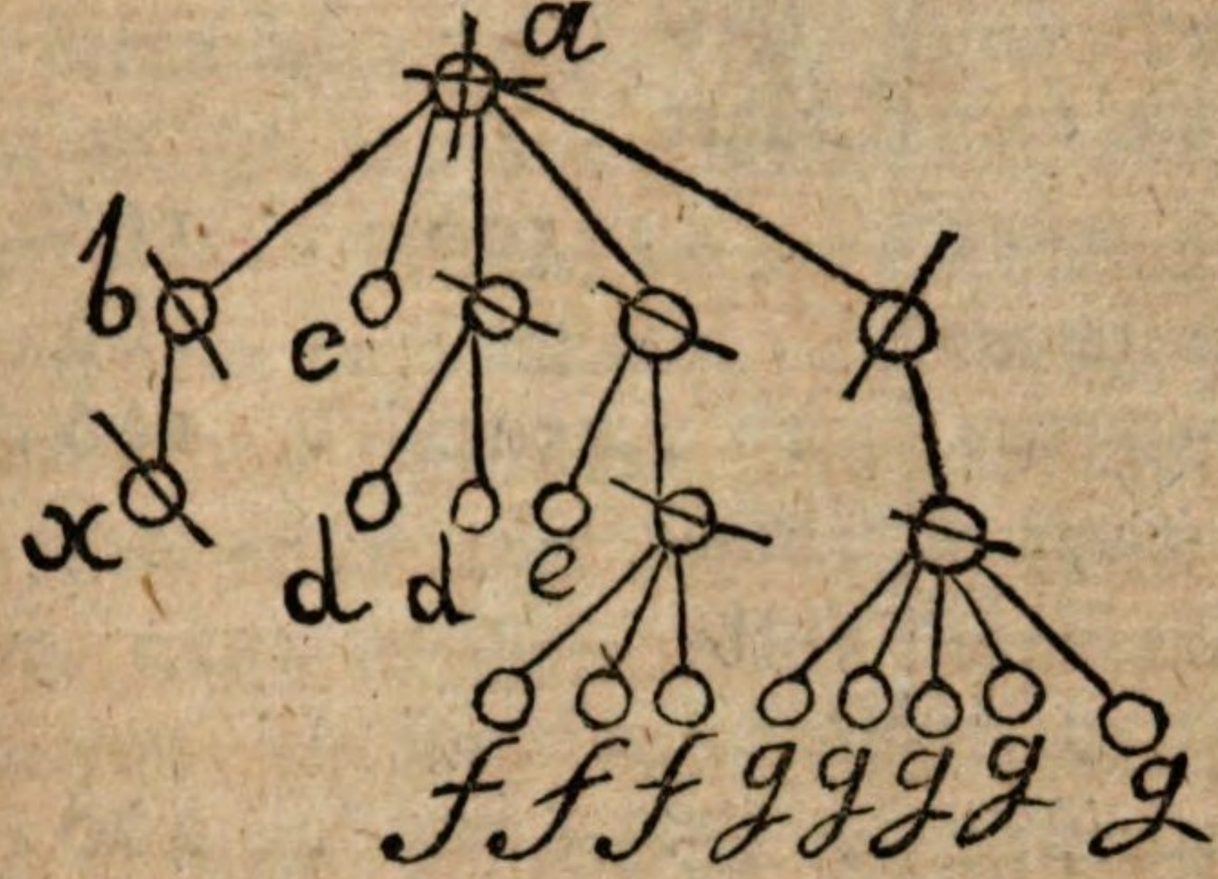
§. 95.

2. Es concurriren Kinder mit Enkeln und Urenkel.

Sind Kinder ersten Grads, aber auch Enkel oder Urenkel des Erblassers von seinen vor ihm gestorbenen Kindern vorhanden, so succediren dieselben nach Stämmen [a]). Es werden daher zu den noch lebenden Kindern auch die verstorbene gezählt, von welchen Descendenten noch am Leben sind; giebt diese Zahl vier oder weniger, so ist der Pflichttheil ein Drittel, giebt es aber fünf oder mehr, so ist er die Hälfte — bey den Kindern nach Verschiedenheit der Zahl jene oder diese Quote von dem Theil, der auf ihren Kopf, oder, wie er bey der Concurrenz mit andern heißt, Stamm fällt — bey den ent-

a) §. 6. §. 16. Instit. de hereditatibus quae ab intestato deferuntur. Ulpian. Fragmenta. Tit. 26. §. 2. Nov. 118. cap. 1. Reichsabschied von 1500. §. 19.

fernteren Descendenten, von dem Theil, den jeder einzelne aus seinem Stamm erhält [b]). Z. B.



Der a hinterläßt 12000 fl., sein Sohn b und sein Enkel von demselbn x sind vor dem a gestorben, folglich bleiben noch die Stämme von vier Kindern übrig, und es fallen in der Intestatsuccession auf jeden Stamm 3000 fl. als Erbtheil, da es nun vier Stämme sind, so beträgt der Pflichttheil so viel als ein Drittel. Es bekommen also

1. der c einen ganzen Stam̃ als Intestaterbtheil,	3000 fl.		
davon der Pflichttheil ein Drittel	1000 fl.	kr.	
2. die beiden d. theilen sich in den zweiten Stamm, daher			
der erste d . .	1500 .	500 .	—
der zweite d . .	1500 .	500 .	—

b) Westenberg de portione legitima Diss. 3. cap. 3. §. 3. Ioannes Ernestus Iustus Müller Promtuarium juris novum Lipſ. 1795. Vol. 4. pag. 253. Artic: legitima liberorum. §. 6.

3. vom dritten Stamm
erhält der e die Hälfte 1500 . 500 fl. — kr.
Die andere Hälfte thei-
len die drey f daher
der erste f . . 500 . 166 . 40 —
der zweite f . . 500 . 166 . 40 —
der dritte f . . 500 . 166 . 40 —
4. der vierte Stamm
zerfällt in fünf Thei-
le und es erhält
der erste g . . . 600 . 200 . —
der zweyte g . . 600 . 200 . —
der dritte g . . 600 . 200 . —
der vierte g . . . 600 . 200 . —
der fünfte g . . 600 . 200 . —

Die Erbschaft beträgt 12,000,
$\frac{1}{3}$ als Pflichttheil . . 4000 fl. — kr.

Die Stämme, welche vor des Erblassers Tod schon wieder ausgestorben waren, wie z. B. der des b können bey Bestimmung der Quote nicht mehr mitgezählt werden; und wenn in einem Stamm mehr als vier Geschwister als entferntere Descendenten concurriren, wie z. B. die g, so wird die Quote ihres Pflichttheils dadurch doch nicht erhöhet, diese wird durch die Zahl der Stämme bestimmt, und die einmal erhaltene Bestimmung bleibt ihr bey allen Successoren; alle zu einem Stamm gehörige Personen, mögen es ihrer auch zwanzig und mehr seyn, werden bey der ersten Abtheilung der Erbschaft als eine Person angesehen, sie alle repräsentiren nur

ihren, dem Erblasser nächsten Ascendenten, und haben blos das Recht, das dieser hätte, wenn er noch am Leben wäre (Thl. 1. §. 18. S. 47. ff.), und das Recht auf den Pflichttheil, das dieser hätte, zerfällt wieder auf die zur Succession wirklich gelangenden Descendenten. Betrug der Pflichttheil für den Stifter des Stamms ein Drittel, so bleibt er es auch bey allen Gliedern des Stamms, wenn es ihrer gleich sechs und mehr sind; betrug er für den Stifter die Hälfte, so bleibt er auch die Hälfte bey den Gliedern des Stamms, wenn es deren auch nur drey oder weniger seyn sollten. c)

§. 96.

Es leben blos Enkel von einem Kind.

Hinterläßt der Erblasser blos Enkel von einem vorher gestorbenen Kind, oder blos Urenkel von einem einzigen Enkel, oder blos Ururenkel von einem einzigen Urenkel, so ist es streitig, ob dieselben nach Köpfen (in capita a)

---

c) §. 6. Inst. de hereditat. quae ab intest. deferuntur Nov. 118. cap. 1. Koch a. a. O. §. 22. Gmelin Diss. exhibens historiam repraesentationis ex jure civili romano. §. 5. et 10. Strauch Disp. de successione descendentium. §. 20. ff. J. G. Estor gründlicher Unterricht von Abfassung der Urtheln und Bescheide. Marburg 1749. Cap. 22. §. 820. n. 4.

a) Dieß behaupten unter Bezug auf L. 2. Cod. de suis et legitimis liberis — Glück Erörterung der

oder nach Stämmen (in stirpes [b]) succediren. Allein mögen die Rechtsgelehrten immerhin noch streiten, mit welchen Worten in diesem Fall die Intestatsuccession zu benennen sey, so kann doch unsere Frage: wie im vorliegenden Fall der Pflichttheil berechnet werden müsse? nicht wohl einem Zweifel unterworfen werden, — es müssen nämlich sämtliche Enkel nur für Eine Person angesehen werden, und der Pflichttheil ist nur ein Drittel, nicht die Hälfte, wenn es auch fünf, zehn, und noch mehr Enkel seyn sollten. Die Richtigkeit dieser Bestimmung beweisen

1) die L. 34. Cod. de inoff. testam. — Iubemus, in tali specie eadem jura nepoti dari, quae filius habebat: etsi praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse

---

Lehre von der Intestaterbfolge §. 31 und 99. Böhmer Position. de successione ab intestato. cap. 2. membr 1. §. 29. I. H. de Berger Oeconomia juris ad usum hodiernum accommodati. Lips. 1755. Lib. 2. Tit. 4. §. 16. not. 4 Estor gründlicher Unterricht von Abfassung der Urtheln und Bescheide. Cap. 20. §. 816. Carpzov Definition. forenses. P. 3. Const. 12. def. 11. Merlinus de legitima. L. 1. T. 2. Q. 10. n. 9. T. 4. Q. 2.

b) Dieß glauben Koch a. a. O. §. 23. und Auctarium 4. Cocceji diss. de successione nepotum sect. 1. §. 5. ff.

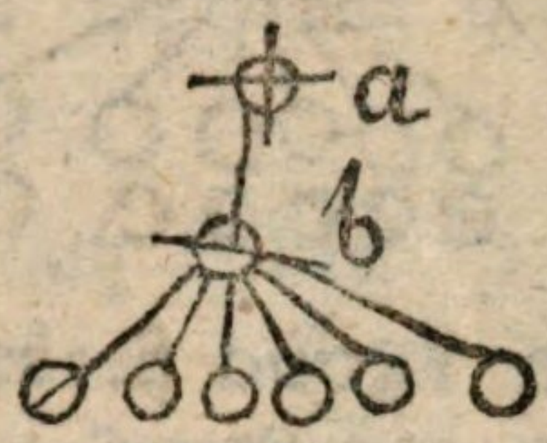
nepotem eandem causam proponere, et si non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse; testamento remoto ab intestato eum vocari, nisi certa quantitas patris ejus minor parte legitima relicta est: tunc enim secundum Novellam nostri numinis Constitutionem repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri ejus competebat. Es stehet also den Enkeln durchaus kein anderes Recht auf den Pflichttheil zu, als das, welches ihr Vater, des Erblassers Sohn hatte; so wie dieser als ein einziges Kind nur ein Drittel zum Pflichttheil erhalten mußte, so können auch seine Kinder oder Enkel nicht mehr als ein Drittel verlangen.

2) In der Novelle 18. cap. 1. heißt es: Haec nos moverunt —— tali modo terminare causam, ut si quidem unius est filii pater aut mater, aut duorum vel trium vel quatuor: non triuncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem: Hoc est, uncias quatuor: et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quatuor habuerint filios, mediam eis totius relinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur —— licebit enim ei reliquum octuncium

forte aut sexuncium habere, et largiri sicut voluerit — et sic ad extraneas largitates accedere. — und es erhellet deutlich, daß die Verbindlichkeit des Vaters entweder die Hälfte oder ein Drittel als Pflichttheil zu hinterlassen, blos durch die Zahl der Kinder bestimmt wird, die er selbst zeugte, nicht durch die Zahl der Enkel, die erst ein Sohn von ihm zeugt. Wenn er Vater von vier Kindern ist, so kann er über zwey Drittel, und ist er Vater über fünf Kinder, so kann er über die Hälfte seines Vermögens frey disponiren. Nur so weit erstreckt sich seine Verbindlichkeit, und es steht nicht in der Gewalt seines Sohns durch Erzeugung mehrerer als vier Enkeln, die Verbindlichkeit des Vaters noch weiter zu extendiren und dessen freyes Dispositionsrecht von zwey Drittel auf die Hälfte zu reduciren.

3) Noch deutlicher sagtes Nov. 18. cap. 4. Neque illo de caetero servando in nepotibus et pronepotibus non suis, et sub potestate constitutis, minus tertia parte eos habere, quam eorum parentibus viventibus oportebat relinquere testatores. Non enim excipimus ulteriores nepotes, qui ex filio paternis avis accrescunt, ut illi quidem integram accipiant partem, quantam eorum acciperet pater vivens. Es ist hier nicht die Rede von drey und vier, oder von fünf und sechs Enkeln, auch

auch nicht von einem oder von mehreren Söhnen des Erblassers, sondern ohne allen Unterschied und ohne Rücksicht auf solche Fälle die allgemeine Regel aufgestellt: daß die Enkel und Urenkel nur so viel als Pflichttheil bekommen, als ihr Vater zu fordern berechtigt gewesen wäre, wenn er noch gelebt hätte. Brauchte z. B.

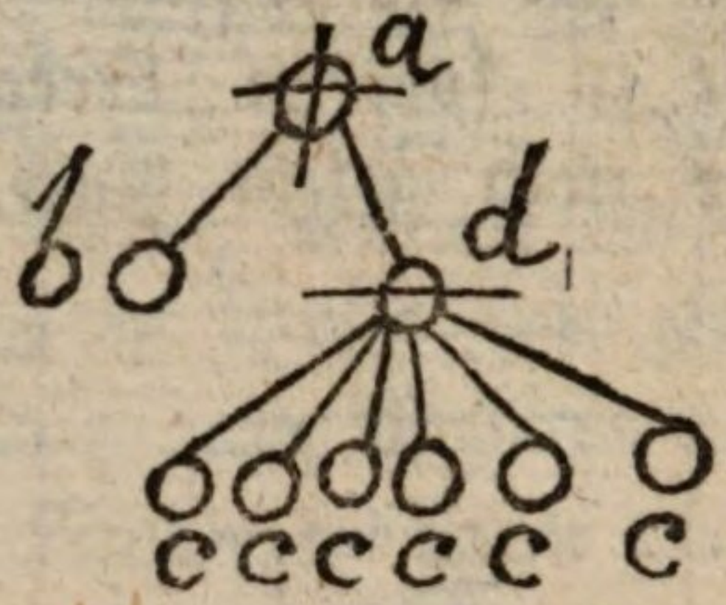


der Erblasser a. seinem einzigen Sohn b., wenn derselbe am Leben geblieben wäre, von seinen 18000 fl. Vermögen nur ein Drittel, 6000 fl. als Pflichttheil zu lassen, und konnte er dann über zwey Drittel, 12000 fl. frey disponiren, so braucht er, wenn der Sohn vor ihm stirbt, dessen Kindern, seinen sechs Enkeln zusammen ebenfalls nicht mehr, nur 6000 fl. als Pflichttheil zu lassen, und kann mit den übrigen 12,000 fl. machen was er will c).

---

c) Sollte man von den angeführten über den Pflichttheil so sehr bestimmt entscheidenden Gesetzen nicht auch auf die Intestaterbfolge schliessen, und dadurch die Meynung, daß auch in der Intestaterbfolge die Enkel eines einzigen Sohns nach Stämmen succediren müssen, mit neuen Argumenten unterstützen können?

4) Es würde eine wahre Ungereimtheit folgen, wenn man in vorliegendem Fall die Quote nach der Zahl der Köpfe bestimmen wollte. Z. B.



Wenn der a 18000 fl. besizt, so bekomme jeder c 1500 fl. als Intestaterbtheil, folglich 500 fl. als Pflichttheil, weil nur zwey Stämme existiren, mithin ein Drittel den Pflichttheil ausmacht. Nimmt man aber den b auch als gestorben an, so vergrössert sich der Intestaterbtheil der c um noch einmal so viel, jeder c bekäme 3000 fl. Erbtheil, und der Pflichttheil müßte sich vernünftiger Weise in gleichem Verhältniß vergrössern, also 1000 fl. betragen; und so viel beträgt er auch, wenn man nach der von mir angenommenen Meynung die Enkel als nach dem Stamm succedirend annimmt, und die Quote des Pflichttheils nach der Zahl des Stamms zu ein Drittel vom Intestaterbtheil anschlägt. Allein wenn man die Quote des Pflichttheils nach der Zahl der Köpfe von den Enkeln bestimmen wollte, so wäre jene Vergrösserung um das alterum tantum noch nicht einmal genug, die Quote für die sechs c würde

die Hälfte des Intestaterbtheils, mithin der Pflichttheil für einen jeden c 1500 fl. seyn müssen, und wie vernunftwidrig wäre das! Nicht genug, daß die Summe einer Quote auf's Doppelte gestiegen ist, soll eben dieses Steigen auch noch der Grund seyn, daß die Quote selbst noch überdas um die Hälfte, von ein Drittel auf ein Halb steigen muß! Ein solches Mißverhältniß kann man den Gesetzen nicht zur Last legen.

Herr Hofrath Glück [d]) giebt nicht undeutlich zu verstehen, daß er glaube: die Quote müsse in gegenwärtigem Fall nach der Zahl der Köpfe von den Enkeln bestimmt werden. Allein sein einziger Grund: daß wenn blos Enkel von einem verstorbenen Sohn da sind, dieselben nach Köpfen succedirten, und deswegen ihre Köpfe bey Berechnung des Pflichttheils gezählt werden müßten; kann gegen die oben angeführten Gründe, meiner Meinung nach, nicht das geringste würken. Denn eines Theils kann er die Richtigkeit des Satzes: wenn in capita suc-

---

d) In der Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge, §. 31. S. 84. §. 99. S. 288. verbunden mit der Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate ad Nov. 18. cap. 1. in Opuscul. jurid. Fascic. 3. §. 14. S. 125. ff. Gleicher Meinung ist auch Westenberg Diss. de portione legitima etc. Diss. 3. cap. 3. §. 2. ff.

cedirt wird, so werden unter allen Umständen die capita gezählt, um die Quote des Pflichttheils zu bestimmen, mit gar keinem Gesetz belegen oder erweisen; und andern Theils ist der Beweis des Satzes, daß blosse Enkel seines Sohns in capita succediren, den er aus der L. 2. Cod. de suis et legitimis liberis führen will, noch nicht über allen Zweifel erhaben. e) Denn wenn gleich in diesem Gesetz nur von Enkeln von verschiedenen Söhnen die Rede, und bestimmt ist, daß diese nach Stämmen succediren sollen, so ist damit noch nicht verboten, auch bey Enkeln von einem und demselben Sohn die Grundsätze von der Stammserbfolge anzuwenden; und dieß Gesetz steht also den oben wörtlich angeführten mit keiner Silbe entgegen.

§. 97.

4) Blos Enkel von verschiedenen Kindern sind am Leben.

Ereignet sich der Fall, daß blos Enkel von verschiedenen vorher gestorbenen Kindern, oder blos Urenkel von denselben vorhanden sind, überhaupt wenn von verschiedenen Kindern blos entferntere in gleichem Grad stehende Descendenten existiren, so succediren dieselben ebenfalls blos nach Stämmen, sie bekommen das Erbtheil ihres von dem Erblasser unmittelbar abstammenden Ascendenten, und die Zahl der Stäm-

---

e) §. 6. Inst. de hereditatibus quae ab intestato deferuntur. Koch und Coccejus a. d. a. O.

me, also der Kinder des Erblassers, giebt bey Bestimmung der Quote des Pflichttheils die Entscheidung [a]) z. B.

wenn der a 18000 fl. hinterläßt, fällt die Intestaterbschaft in drey Stämme, folglich ist der Pflichttheil so viel als ein Drittel des Intestat-

---

a) L. 8. §. 8. D. de inoff. test. — „si sint ex duobus filiis nepotes; ex uno plures, tres puta, ex uno unus; unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit. L. 2 Cod. de suis et legitimis liber Nov. 118. cap. 1. Contius de hereditatibus et bonorum possessionibus, quae ab intestato deferuntur liber singularis. Diel Diss. Veritas communis sententiae: nepotes, si soli ex diversis stirpibus ad successionem avi concurrant, in stirpes succedere, contra novissimas impugnationes vindicata. I. C. A. Hüpeden Diss. de nepotum quorundam in legitima ab avo institutorum, cum reliquis diversorum liberorum jam defunctorum descendentibus mediatis concurrentium, portione legali ejusque computatione. Marburgi 1769. §. 23. 32. ff. Westenberg de por-

erbtheils, und der e, welcher in der Intestat-erbfolge 6000 fl. erhalten hätte, muß 2000 fl. als Pflichttheil bekommen, jeder f muß auf gleiche Art 666 fl. 40 kr. und jeder g 1000 fl. zum Pflichttheil erhalten.

§. 98.

5) Ueberhaupt entferntere Descendenten von verschiedenen Graden sind vorhanden.

Wenn mehrere Descendenten des Erblassers gestorben und daher überhaupt entferntere Descendenten von verschiedenen Graden vorhanden sind, so succediren dieselben jedesmal in Stämme, und sowohl die Summe des Erbtheils, als die Quote des Pflichttheils werden nach der Zahl der Stämme bestimmt. — Die in den vorhergehenden §. §. angegebenen Gründe rechtfertigen auch diese Bestimmung.

§. 99.

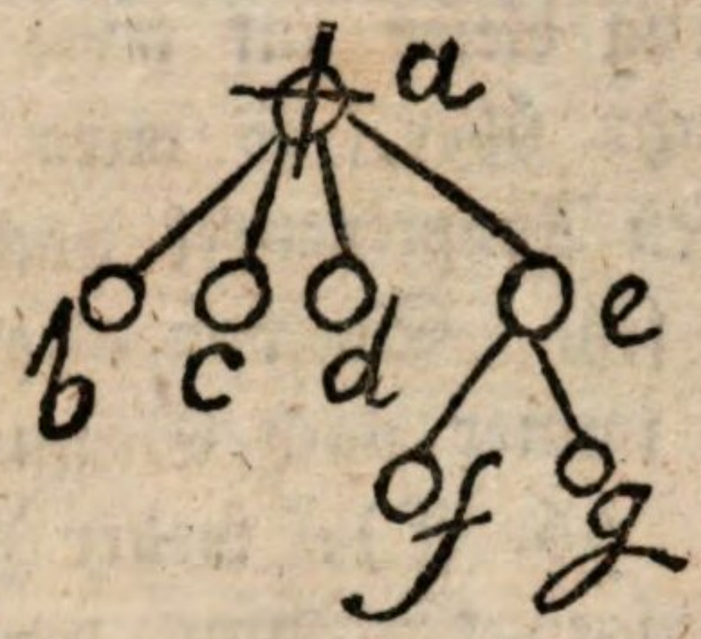
6) Die vollkommen adoptirten Descendenten werden gezählt wie die natürlichen.

Die vollkommen adoptirte Descendenten haben ganz gleiche Successionsrechte mit den natürlichen, und gleiches Recht mit denselben

---

tione legitima. Diff. 3. cap. 3. §. 3. Hofacker Principia juris civilis. Tom. 2. §. 1713. Berger Oeconom. jur. L. 2. T. 4. thes. 16. not. 4. Carpzov Iurisprud. forens. P. 3. Const. 12. def. II. not. 5.

auf den Pflichttheil, (Thl. 1. §. 20. [a]). Wenn also ein adoptirtes Kind vorhanden ist, so wird dasselbe ganz zu den natürlichen Kindern gezählt, es ist ein suus heres, und es muß, gleich als wenn alle natürliche Kinder wären, sowohl bey Berechnung des Intestaterbtheils als bey Bestimmung der Quote des Pflichttheils mitgezählt werden. Z. B.



Der a nimmt seinen Enkel g an Kindesstatt an (ich setze voraus, daß das Hinderniß, welches die vier lebenden Kinder der Adoption überhaupt in den Weg legen, gehörig gehoben, daß die Adoption rechtmäsig sey [b]) und hinterläßt 30,000 fl. Vermögen; der Intestaterbtheil für b. c. d. e. und g. würde jedem 6000 fl. betragen, und da es fünf Concurrenten sind, so würde der Pflichttheil die Hälfte, mithin 3000 fl. für den g, so wie für die andern natürlichen Kinder seyn. [c])

---

a) §. 3. Inst. de adoption.

b) Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen, §. 147.

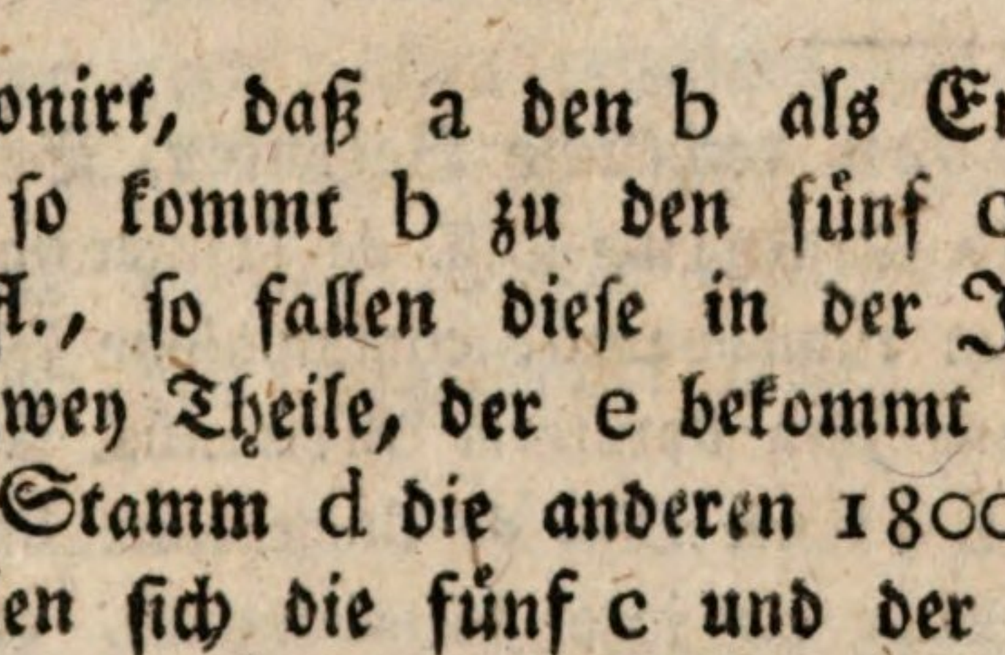
c) §. 2. 14. Inst. de hered. quae ab intest. def.

Wenn aber jemand einen als Enkel vollkommen adoptirt hat, so wird derselbe unter die Enkel des Stamms gezählt aus dem er entsprossen ist: er kann nur dann den Pflichttheil fordern, wenn die ihm gleich stehenden Enkel dazu berechtigt sind, und er kann nicht mehr fordern als eben diese [d]); denn sein ganzes Recht wird fingirt als hätte er es durch einen Sohn erhalten [e]), trug dieser auf seine Descendenten noch kein Recht über, so wird angenommen, daß auch auf den Adoptivenkel noch keins übertragen worden sey. So wie also die Zahl der Enkel, welche immer nach Stämmen betrachtet werden (§. 95. 96. ff.), weder den Intestaterbtheil der übrigen Stämme verringert, noch die Quote des Pflichttheils verändert, so kann ein Adoptivenkel solches ebenfalls nicht, sondern er theilt nur in seinem Stamm nach den Bestimmungen, welche die Zahl der Stämme schon gegeben haben. Z. B.

Der a nimmt seinen Descendenten f zum Enkel an; hier kann f gar keinen Pflichttheil ver-

d) §. 5. und 6. Inst. de adoptionibus. L. 10. Cod. eod.
e) §. 7. Inst. de adoption.

langen, weil die übrigen Enkel des Stamms aus dem er entsprossen, der d und e keinen verlangen können, indem der Stammhalter c alle ausschließt: eben so wenig kann dieser Adoptivenkel bey Bestimmung der Quote oder sonstiger Berechnuug des Pflichttheils für den b und c in irgend einer Hinsicht in Betracht kommen. Nimmt man aber den Fall folgendermassen:



und supponirt, daß a den b als Enkel adoptirt hat, so kommt b zu den fünf c; hatte a 36000 fl., so fallen diese in der Intestaterbfolge in zwey Theile, der e bekommt 18000 fl. und der Stamm d die anderen 18000 fl., in diese theilen sich die fünf c und der b zu gleichen Theilen, jeder derselben bekommt also 3000 fl. als Intestaterbtheil, und da es nur zwey Stämme sind, so beträgt der Pflichttheil so viel als ein Drittel, mithin der eines c oder des b 1000 fl.

§. 100.

7) Berechnung des Pflichttheils, wann abgetheilte Kinder da sind.

Wird ein Theil der Kinder schon bey Lebzeiten der Eltern abgetheilt, oder abgefunden, oder berathen, so daß sie irgend etwas von ihren noch lebenden Eltern statt ihres ganzen Erbtheils erhalten, und auf alles übrige Erbfolgerecht entsagen, z. B. eine Tochter erhält ein sehr starkes Heurathsguth und entsagt dagegen auf die übrige Erbschaft; so entsteht die Frage: wie der Pflichttheil der übrigen Kinder zu berechnen sey? — Nach dem angenommenen Fall soll das berathene Kind ganz abgefunden seyn, und auf sein Erbrecht nach der Eltern Tod schon znm voraus entsagt haben, es hat also kein Intestaterbrecht mehr [a]), mithin kann es auch bey Bestimmung des Intestaterbtheils der übrigen Kinder nicht mehr gerechnet werden;

---

a) Struben rechtliche Bedenken, Band 3. Bed. 18. G. Gröning Diss. de separatione liberorum eiusque fundamento, communione bonorum, secundum jura statutaria Bremensia. Goett. 1771. I. A. Amsink Diss. de successione liberorum separatorum ex jure Hamburgensi. Goett. 1774. Grottmann Diss. de separatione liberorum per elocationem et divisionem. Giess. 1711. Repertorium des gesammten positiven Rechts der Teutschen. Jena 1798. Bd. 1. S. 32. ff. Abfindung der Kinder.

denn so bald in der Intestatsuccession succediret wird, theilen die nicht abgefundenen Kinder den ganzen Nachlaß der Eltern nach Maasgabe der Grundsätze von der Intestaterbfolge blos unter sich, das abgefundene Kind erhält bey dieser Theilung gar nichts (partem non facit [b]). — Da indessen dasjenige, was das abgetheilte Kind zur Abfindung erhalten, ihm statt seines Erbtheils gegeben, mithin dadurch die Verlassenschaft im Ganzen verringert worden ist, und das Intestaterbtheil der nicht berathenen Kinder um so viel kleiner ist, als wenn man es von dem ganzen Vermögen mit Einschluß der Abfindungssumme berechnete, so ist es in Rücksicht der nicht abgefundenen Kinder gleich viel, ob das berathene Kind sein Erbtheil früher oder später erhält, auf jeden Fall ist durch dessen Existenz und Abfindung ihr eigenes Intestaterbtheil eben so sehr verringert, als wenn dasselbe erst nach dem Tod der Eltern miterbte, und vorher noch nichts erhalten hätte, es trit also ganz der Grund ein, warum Justinian den Pflichttheil auf die Hälfte erhöhte [c]), und es muß daher das abgetheilte Kind bey Bestim-

---

b) A. S. P. Semlers Untersuchung, ob die berathenen oder abgesonderten Kinder bey Berechnung des Pflichttheils mitzuzählen sind oder nicht? Halle, §. 12. S. 24. ff.

c) Nov. 18. praefat.

mung der Quote des Pflichttheils für die übrigen noch nicht abgetheilten mitgezählt werden, (numerum facit [d]). — Besondere Rücksicht verdient hierbey der Umstand, daß bey Verabredung der Abfindung eine gewisse Art von Erbvertrag errichtet wird, der schon vor dem Tod des Erblassers in Erfüllung geht, durch diesen Vertrag wird die gemeine gesetzliche Erbfolge verändert, wenn dergleichen Verträge zum Nachtheil der Pflichttheilsberechtigten gereichen, so sind sie eben so ungültig, als wenn die dahin abzweckenden Dispositionen in einem Testament enthalten sind, (§. 131. 173); wollte man nun annehmen, daß berathene Kinder bey Bestimmung der Quote des Pflichttheils der übrigen Kinder nicht mitgezählt werden, so würde der Abfindungsvertrag zu deren Nachtheil gereichen, indem ihr Pflichttheil, wenn es mit Einschluß des berathenen, fünf Kinder sind, von der Hälfte auf ein Drittel herunter gesezt würde, folglich müßte der Abfindungsvertrag in so fern, als er nämlich den Pflichttheilsberechtigten zum Nachtheil gereicht,

---

d) I. G. Buncekau Diss. de separatione liberorum ex jure germanico. Goett. 1752. Dreyer Sammlung vermischter Abhandlungen. Th. 1. S. 91. — Anderer Meinung sind: P. Müller Diss. de debito bonorum subsidio. cap. 4. §. 7. 8. Gail L. 2. obs. 122. Carpzov P. 3. Const. 10. def. penult. Berlich P. 3. conclus. 12. n. 25. ff.

ungültig seyn, wie ich unten, in den angeführten Paragraphen zeigen werde. Die klaren Worte der Novelle 18 bestätigen auch die angenommene Meinung völlig [e]).

§. 101.

Von der Duplicität der Verwandtschaft.

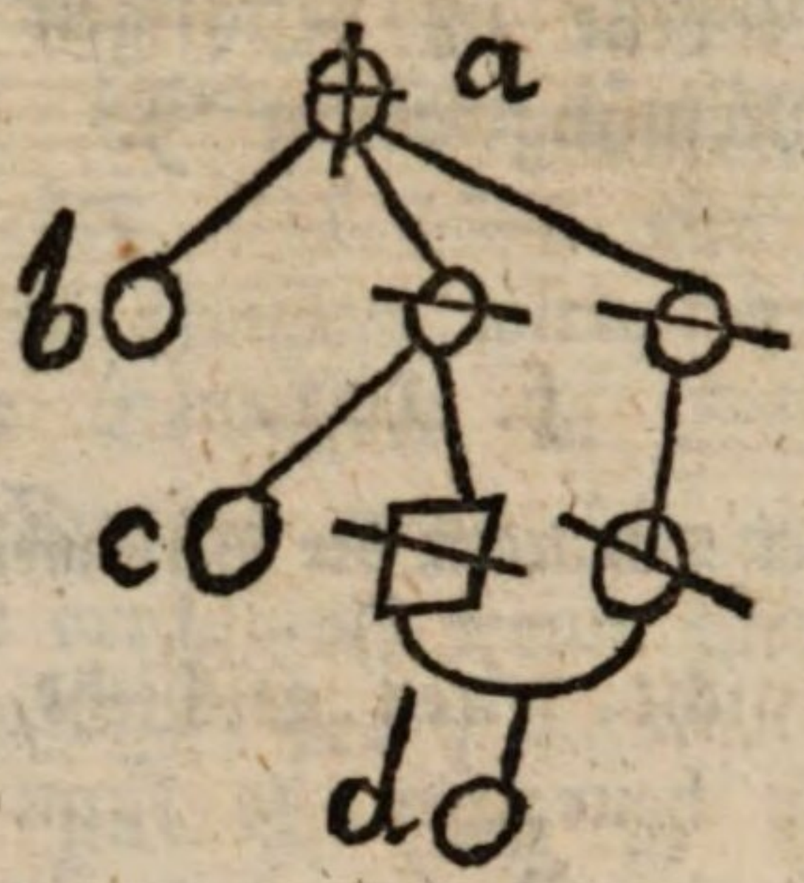
Da es nicht selten geschieht, daß Blutsverwandte sich heurathen, so kann es dadurch entstehen, daß eine Person von ihrer väterlichen und zugleich von der mütterlichen Seite her Descendent eines Erblassers ist, daß also eine doppelte Verwandtschaft eintrit; alsdann gilt der Grundsatz: daß der Pflichttheil so viel als ein Theil dessen ist, was der von dem die Rede ist bekommen haben würde, wann er und seine Classe in der Intestatsuccession zur Erbschaft gelangt wäre. — Der Descendent theilt mit in allen Stämmen in denen er steht [a]) und in denen die Successionsordnung ihn trift, nach dem aber, was in dieser Theilung ihm zu Theil wird, muß ihm sein Pflichttheil nach

---

e) Nov. 18. cap. 1 siquidem unius *est* filii *pater* aut mater — — — si vero ultra quatuor habuerint filios. — — —

a) Nov. 118. cap. 1. Glück Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 35.

der Zahl aller Stämme berechnet werden. Z. B.



Der a hat ein Vermögen von 9000 fl., alsdann würde der Intestaterbtheil des b 3000 fl., folglich der Pflichttheil 1000 fl., der Intestaterbtheil des c 1500 fl., und sein Pflichttheil 500 fl., der Intestaterbtheil des d 4500 fl., und der Pflichttheil desselben 1500 fl. betragen.

§. 102.

II. Classe der Ascendenten und Geschwister.

Wenn die Classe der Descendenten keinen Pflichttheil fordern kann, so trift die Ordnung nun die Classe der Ascendenten und Geschwister. Daß die Ascendenten und Geschwister zugleich den Pflichttheil fordern können, wenn eine entehrte Person zum Erben ernannt worden, ist schon oben (Th. 1. §. 78.) gezeigt worden [a]);

---

a) Westphal. Theorie des römischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser und Erben Cap. 4. Abschn. 3. Sect. Membr. 1. §. 390. a.

auch daß für diese Classe die ehemalige Quarte auf ein Drittel oder die Hälfte erhöhet ist, habe ich ebenfalls schon gezeigt (§. 85.) Hier bleibt also nur noch zu bestimmen: welche Personen mitzuzählen sind, und wie sie gezählt werden müssen, um zu wissen, ob der Pflichttheil ein Drittel oder die Hälfte ist.

§. 103.

1) Es sind blos Ascendenten vorhanden.

Wann in der zweyten Classe der Intestaterbfolgeordnung, welche hier auch die zweyte Classe der Pflichttheilsberechtigten ausmacht, keine Geschwister, sondern blos Ascendenten vorhanden sind, so succediren diese in der Intestatsuccession nach Linien, doch so, daß diejenige Linie, in welcher die dem Grad nach nächste Ascendenten vorhanden sind, die andere Linie mit den darin stehenden entfernteren Ascendenten ausschließt, stehen aber die nächsten Ascendenten in beiden Linien in gleichem Grad, so bekommt jede Linie die Hälfte der Verlassenschaft, und darin theilen sich dann alle zur nämlichen Linie gehörige Ascendenten [a]). In diesem Fall nun bleibt der Pflichttheil unter allen Umständen nur ein Drittel, er steigt nie zur Hälfte; denn ohne Rücksicht darauf, daß der Fall so lange die Welt steht noch nicht vorgekommen seyn wird,

---

a) Nov. 118. cap. 2. Koch successio ab intestato civilis. §. 45.

daß ein Mensch das testamentsfähige Alter erreicht, und daß seine beide Eltern und alle vier Großeltern gestorben, aber fünf von den Urgroßeltern noch am Leben wären, und das müßte doch seyn, wenn der Pflichttheil nach der Zahl der succedirenden Personen auf die Hälfte steigen sollte, denn wären wohl der Vater und die vier mütterlichen Großeltern noch am Leben, so würde jener diese durch die Nähe des Grads ausschliessen und daher doch nur Eine in der Intestatsuccession erbende Person da seyn; eben so wenig können Groß- und Urgroßeltern in Concurrenz kommen; — so würde doch auch dann, wann sich der Fall ereignet, daß fünf zugleich erbende Ascendenten da sind, die Lineal-Succession eintreten [b]), und diese hat völlig gleiche Rechtsverhältnisse mit der Stammserbfolge der Descendenten, blos der Name unterscheidet beide. So wie daher nach der Ausführung in den vorhergehenden Paragraphen 94 bis 101. nicht die Glieder aller Stämme, sondern die Stämme selbst gezählt werden müssen, um die Quote des Pflichttheils zu bestimmen, so

---

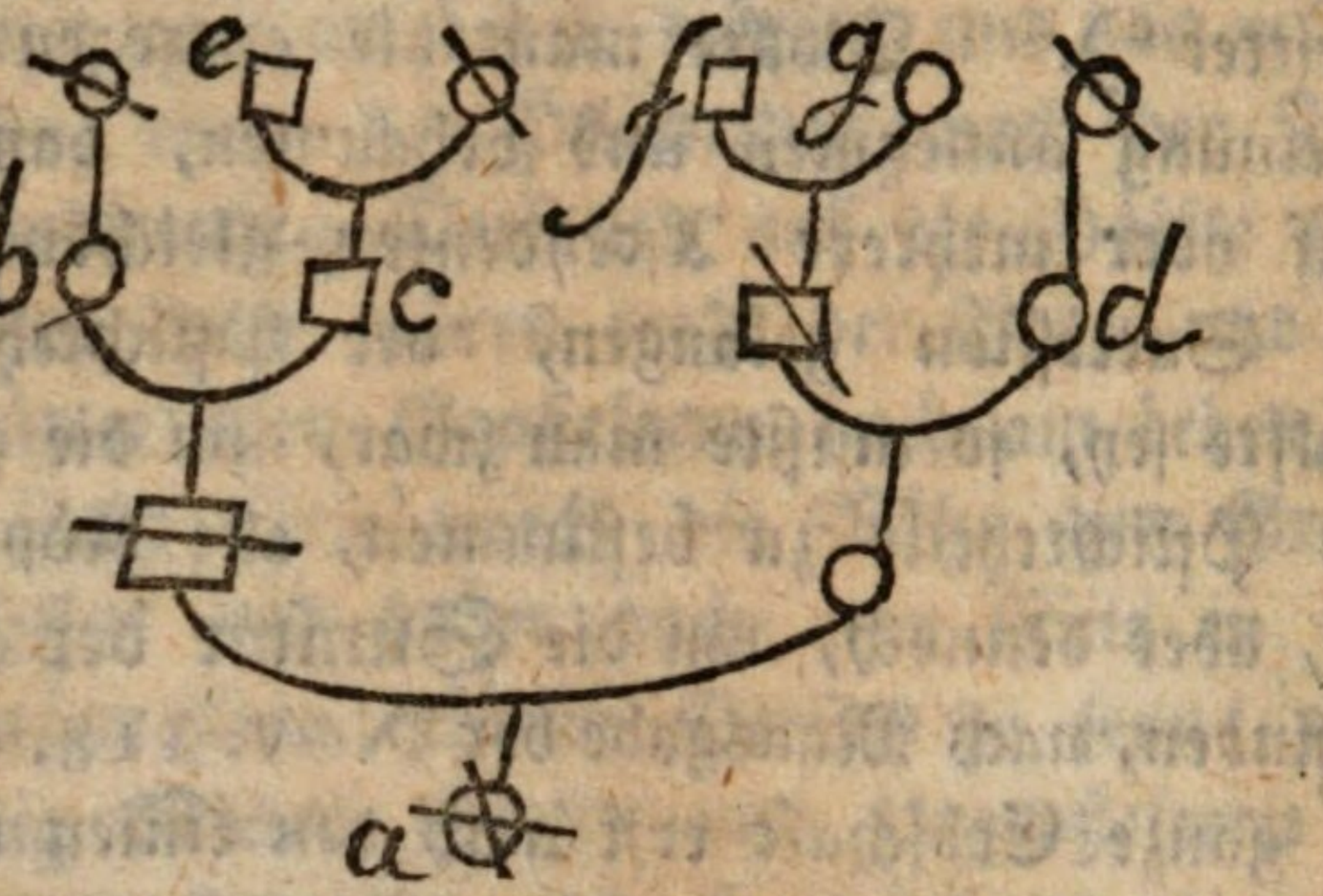
b) Nov. 118. cap. 2. — Si autem eundem habeant gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur: ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint: medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit.

so müssen auch bey der Linialsuccession die Linien gezählt werden, deren geben es nie mehr als zwey, folglich bleibt die Quote jederzeit ein Drittel [c]). Wollte man die entgegen gesezte Meinung annehmen und behaupten, daß wenn fünf oder mehrere Ascendenten gleichen Grads zur Succession gelangen, der Pflichttheil die Hälfte sey, so müßte man zwar, um die Quote des Pflichttheils zu bestimmen, alle Köpfe zählen, aber dennoch, um die Summe der Quote zu finden, nach Maasgabe der Nov. 118. cap. 2. die ganze Erbschaft erst nach den Linien in zwey Theile theilen; man müßte also eine und dieselbe Person zugleich nach Linien und zugleich nach Köpfen succediren lassen, und das wäre doch wahrer juristischer Unsinn. Können gleich verschiedene erbende Personen in der nämlichen Successionen nach Köpfen und nach Stämmen erben, so giebt es doch keine Successionsart, wo eine Person, wenn ihr nicht etwa eine Duplicität der Verwandtschaft zur Seite steht, sich der Succession nach Köpfen und zugleich nach Stämmen oder Linien anmassen könnte. — Bey den Ascendenten wird also die Quote des Pflichttheils, der numerus, nach der Zahl der Linien, der pars aber von dem auf die Linie gefallenen Erbtheil nach der Zahl der nächsten in der

---

c) Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentem quantitate, ad Nov. 13. — §. 18.

Linie stehenden erbfähigen Ascendenten bestimmt. Z. B.



Wenn der a 12000 fl. hinterläßt, so fällt die Hälfte davon auf die mütterliche und die andere Hälfte auf die väterliche Linie. In der mütterlichen Linie participiren davon die zwey Großeltern b und c, jedes würde also von der auf die mütterliche Linie gefallenen Hälfte der ganzen Verlassenschaft, also von 6000 fl. wieder die Hälfte mit 3000 fl. in der Intestatsuccession erhalten, und danach betrüge der Pflichttheil ein Drittel, mithin 1000 fl. sowohl für den b als für die c. Diese beide Personen sind dem Grade nach dem Erblasser am nächsten, sie schliessen also seine noch lebende Urgroßmutter e ganz aus, diese hat keine Ansprüche auf den Pflichttheil. — In der väterlichen Linie steht nur ein Ascendent in gleichem Grad mit denen in der mütterlichen Linie, der d bekommt also die ganze 6000 fl. als Inte-

staterbtheil, folglich 2000 fl. als Pflichttheil; er ist dem Grade nach näher als die Urgroßeltern f und g, schließt mithin diese aus, und sie erhalten nichts als Pflichttheil. [d])

§. 104.

2) Es concurriren Ascendenten mit vollbürtigen Geschwistern.

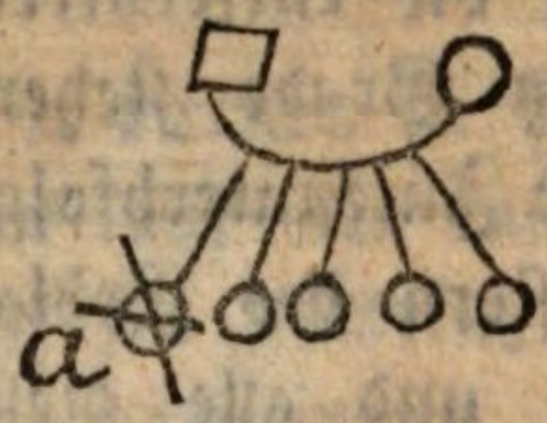
Sind ausser den Ascendenten auch noch vollbürtige Geschwister vorhanden, so succediren alle, sowohl Ascendenten als die Geschwister blos nach den Köpfen; die nähern Ascendenten schliessen zwar jederzeit die entferntere aus, aber alle nächste in gleichem Grade stehende Ascendenten concurriren in der Intestaterbfolge mit den vollbürtigen Geschwistern des Erblassers nach der Zahl der Köpfe, und alle diese Concurrenten erhalten völlig gleiche Theile, jeder vollbürtige Bruder eben so viel als jeder einzelne Ascendent. [a]) Hier in der Concurrenz mit vollbürtigen Ge-

---

d) Müller Promtuarium juris novum. Lipſ. 1795. Vol. 4. pag. 258. legitima liberorum. §. 39.

a) Nov. 118. cap. 2. ſi cum aſcendentibus inveniantur fratres vel ſorores, defuncto per utrumque parentem conjuncti, cum aſcendentibus gradu propinquioribus vocabuntur, licet pater aut mater ſint: hereditate ſcilicet inter eos pro numero perſonarum dividenda, ut quilibet aſcendentium et fratrum aequalem partem habeat.

schwistern kommt also keine Linealsuccession der Ascendenten mehr in Betracht, alle im nächsten Grad stehende Ascendenten erhalten das Theil, das auf ihren Kopf fällt, ohne Unterschied ob sie im ersten, zweiten oder dritten Grad stehen. [b]) Die Quote des Pflichttheils ist also ein Drittel, wann die Zahl aller nächsten in gleichem Grade stehenden erbfähigen Ascendenten und vollbürtigen Geschwister zusammen, vier oder weniger; und die Hälfte wann diese Zahl fünf oder mehr ist [c]). Z. B.



der a stirbt und hinterläßt ein Vermögen von 24000 fl. alsdann ist der Intestaterbtheil eines jeden seiner zwey Eltern 4000 fl., und da in

b) Puffendorf Observationes juris universi. Tom. 4. obs. 139. Hunnius Variae resolut. juris civil. L. 3. Tr. 1. Qu. 35. Koch successio ab intestato civilis. §. 45. Glück Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 115.

c) Schrader Comment. de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti §. 77. Müller Promtuarium juris novum. Vol. 4. pag. 281. legitima parentum. §. 67.

der Intestaterbfolge sechs Personen concurriren würden, so beträgt der Pflichttheil so viel als die Hälfte, mithin 2000 fl.; diese Summe bleibt unter allen Umständen, und ohne Rücksicht, ob die Geschwister im Testament eingesezt, präterirt oder enterbt sind, denn auf den Pflichttheil hat das Testament schlechterdings keinen Einfluß, er ist durchs Gesetz bestimmt, und aller und jeder Disposition des Testators entzogen, nur über das, was nach Abzug des Pflichttheils übrig bleibt, hat der Eigenthümer Macht zu testiren und auf den Todesfall zu disponiren [d]) — für jedes Geschwister beträgt der Pflichttheil in dem angeführten Beispiel ebenfalls 2000 fl., sie können ihn aber nur dann fordern, wenn eine entehrte Person zum Erben ernannt, mithin ihnen vorgezogen worden ist.

---

d) Nov. 18. cap. 1. — — licebit enim ei reliquum octuncium forte aut sexuncium, et largiri sicut voluerit, filiis ipsis aut cuilibet extraneorum: et natura primo curata competenter, sic ad extraneas largitates accedere. Reinharth ad Christinaei decision. select. observat. Vol. 1. obs. 54. p. 133. Consilia Tubingens. Vol. 1. cons. 46. n. 25. seq. Lauterbach Diss. de singulari fratrum jure, membr. 1. §. 24. Gerstlacher Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils, §. 10. ff. Rößlin Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils. St. 2. §. 14. ff.

Indessen behaupten manche Rechtsgelehrte: wenn die Geschwister durch die Disposition des Testaments nicht miterbten, so gebühre den Eltern ein Drittel vom ganzen Nachlaß des Verstorbenen, das dann unter ihnen zu vertheilen wäre [e]). Andere behaupten: der Pflichttheil der Eltern sey zwar ein Drittel dessen, was sie erhalten haben würden, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre, allein wenn in der Intestatsuccession auch zehn und noch mehr Geschwisterte mit den Eltern concurrirt hätten, diese aber im Testament präterirt worden sind, so steige der Pflichttheil der Eltern doch nie zur Hälfte, sondern bleibe nur ein Drittel des Intestaterbtheils [f]). Allein beide Meinungen sind schon oben theils besonders, theils durch die aufgestellten Entscheidungsgründe widerlegt. (S. 86. ff.)

---

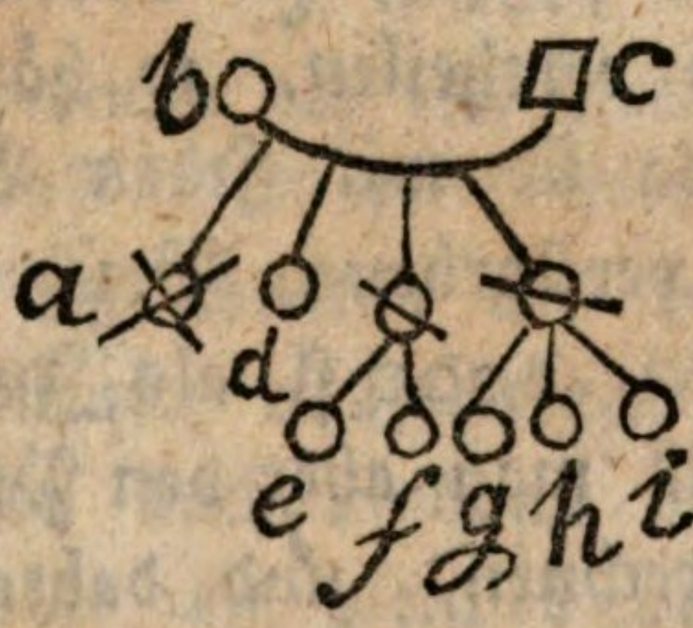
e) Baldus ad Codicem, auth. Noviſſima codicis de inoff. teſtam. qu. 8. Stryck cautelae teſtamentorum cap. 17. membr. 1. §. 24. H. Wagner Diatr. in qua demonſtratur parentem portionem legitimam totius hereditatis trientem eſſe. Marb. 1772. cap. 4. pag. 17. Hering Diſſ. de computanda legitima matris in concurſu cum germanis praeteritis. Roſtockii. 1746.

f) van de Poll de exheredatione et praeteritione romana atque hodierna, cap. 64. §. 13. Faber de errorib. pragmaticor. P. 1. Decad. 15. error. 4.

§. 105.

3) Ascendenten concurriren mit vollbürtigen Geschwistern und Kindern von vorher gestorbenen vollbürtigen Geschwistern.

Wann Ascendenten mit vollbürtigen Geschwistern, und Kinder von vorher gestorbenen vollbürtigen Geschwistern vorhanden sind, so succediren die Ascendenten und die noch lebende Geschwister nach den Köpfen, die Kinder der verstorbenen aber nach Stämmen [a]). Aus den in den vorhergehenden §. §. angegebenen Gründen müssen also in diesem Fall von den Ascendenten und Geschwistern die Köpfe und von den Geschwisterkindern die Stämme zusammen gezählt und darnach sowohl die Summe des Intestaterbtheils, als auch die Quote des Pflichttheils bestimmt werden. Z. B.

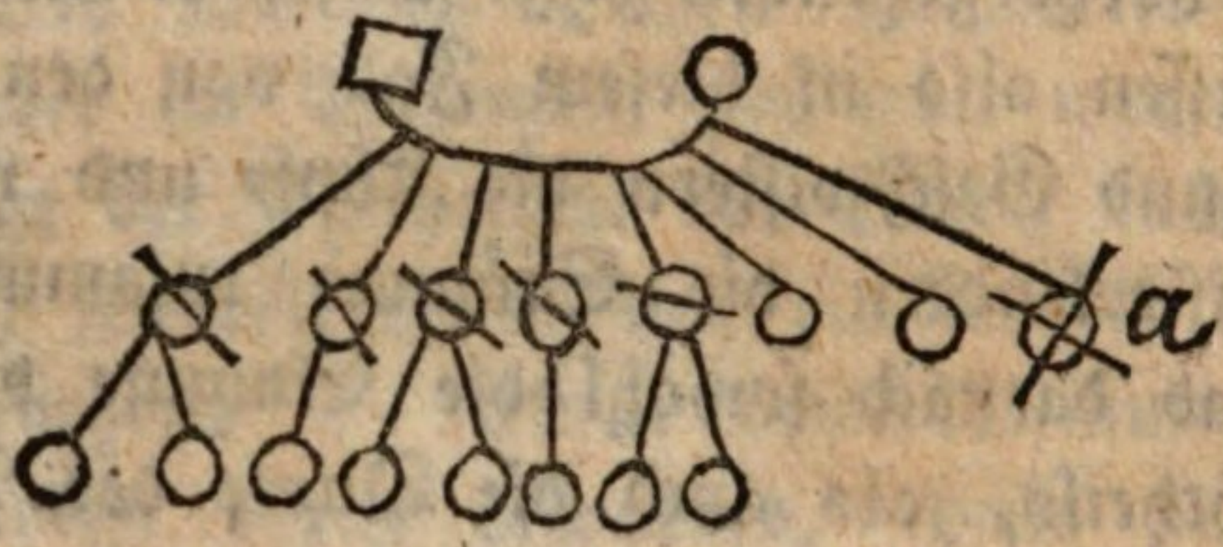


der a hinterläßt 30,000 fl., das Intestaterbtheil für jeden Kopf und Stamm ist also 6000 fl; da es Köpfe und Stämme zusammen fünf sind, so ist der Pflichttheil die Hälfte,

---

a) Nov. 127. cap. 1. Glück Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 116. ff. 120.

b c und d erhalten also jeder 3000 fl. als Pflichttheil. Die Bruderskinder e f g h i können zwar keinen Pflichttheil erhalten [b]), allein so wie der Enterbte (§. 117.) überhaupt, und wie der präterirte Bruder, wann eine ehrbare Person, zum Erben ernannt ist, (§. 104), so müssen auch sie sowohl zur Bestimmung der Summe des Erbtheils als der Quote des Pflichttheils mitgerechnet werden [c]). — Wollte man z. B. in folgendem Fall,



wo der a 18,000 fl. hat, die Erbschaft nach der Intestatsuccession vertheilen, so hätte jedes der beiden Eltern, da sie mit sieben Brüdern und Stämmen von verstorbenen Brüdern des Erblassers coucurriren, 2000 fl. als Intestaterbtheil zu erwarten; will man aber den Pflichttheil für die Eltern ausrechnen, und dabey die gültig präterirten Brüder und die Bruderskinder nach ihren Stämmen nicht mitrechnen, weil sie selbst keinen Pflichttheil fordern können, so bleiben

---

b) L. 1. D. L. 21. Cod. de inoff. test.

c) Schrader Comment. de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. §. 78.

nur die zwey Eltern noch übrig, auf jedes würden also 9000 fl. Intestaterbtheil fallen, und der Pflichttheil so viel als ein Drittel davon, mithin 3000 fl., also 1000 fl. mehr betragen als ihr volles Intestaterbtheil gewesen wäre; und welche Absurdität wäre das? So wie nun bey Bestimmung der Summe des Erbtheils mit welchem der Pflichttheil im Verhältniß stehen soll, die Köpfe der präterirten Brüder und die Stämme der Bruderskinder mitgerechnet werden, und dadurch das Erbtheil des Pflichttheilsberechtigten verringert wird, so müssen sie auch mitgezählt werden, um die Quote zu bestimmen, welche den Pflichttheil ausmachen soll, damit diese, wenn die Zahl der Concurrenten zu groß ist, auf die Hälfte erhöhet wird [d]).

§. 106.

4) Es sind Ascendenten und blos Kinder von vorher gestorbenen vollbürtigen Geschwistern am Leben.

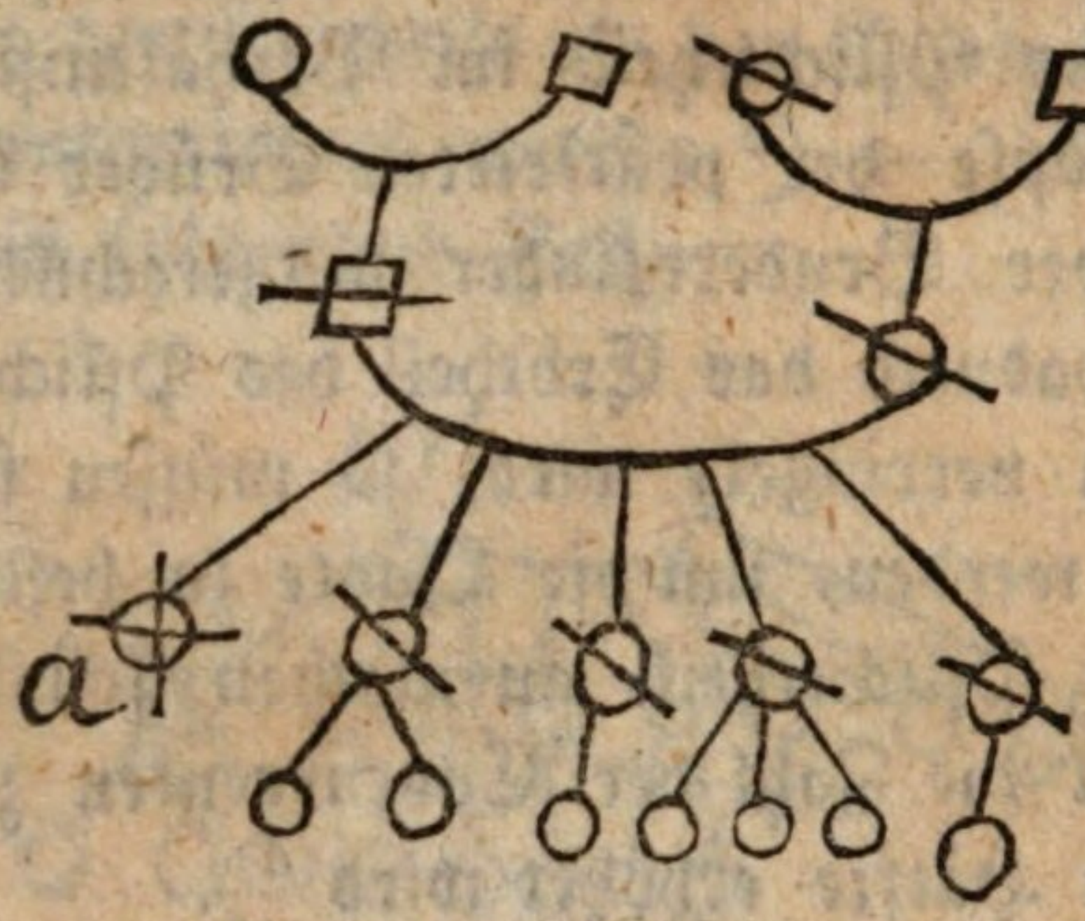
Wenn Ascendenten und blos Kinder von vorher gestorbenen vollbürtigen Geschwistern da sind, so haben auch alsdann die leztern in der Intestaterbfolge ein gleiches Recht mit den ersteren, indem sie ihre verstorbene Eltern repräsentiren und mit den Ascendenten nach Stämmen succediren [a]). Die Geschwisterkinder haben

---

d) Arg. Nov. 18. praefat.

a) Nov. 118. cap. 3. Koch successio ab intestato civilis. §. 78. Hofacker principia juris civilis.

alsdann zwar kein Recht auf einen Pflichttheil, aber sie müssen doch eben so gut wie in dem Fall des vorhergehenden Paragraphen mitgerechnet werden, um das Intestaterbtheil der Eltern und die Quote, die davon den Pflichttheil machen soll, zu bestimmen. Z. B.



der a hinterläßt 14000 fl. das Intestaterbtheil der drey noch lebenden Ascendenten, mit denen vier Stämme von vorher gestorbenen vollbürtigen Geschwistern concurriren, wäre also für jeden 2000 fl., und da in der Intestatsuccession sieben Personen und Stämme concurriren würden, so beträgt der Pflichttheil so viel als die Hälfte, mithin 1000 fl. für jeden Ascendent.

T. 2. §. 1424. not. b. Stryck succeſſio ab inteſtato Diſſ. 2. cap. 1. §. 31. Carpzov Iurisprud. forenſ. P. 3. Conſt. 17. def. 4. Berger Oeconomia juris. L. 2. Tit. 4. §. 38. Walch Introductio in contra verſ. jur. civil. Sect. 2. p. 4. membr. 5. §. 13.

§. 107.

5) Blos vollbürtige Geschwister existiren.

Wenn blos vollbürtige Geschwister des Erblassers da sind, so succediren diese in der Intestaterbfolge nach den Köpfen [a]); Alle müssen also auch nach Köpfen gezählt werden, um die Grösse des Intestaterbtheils und die Quote des Pflichttheils zu bestimmen, wann eine entehrte Person zum Erben ernannt wird.

§. 108.

6) Es leben vollbürtige Geschwister und Kinder von vorhergestorbenen vollbürtigen Geschwistern.

Wenn vollbürtige Geschwister und Kinder von vorher gestorbenen vollbürtigen Geschwistern vorhanden sind, so succediren in der Intestatsuccession jene nach Köpfen und diese nach Stämmen [b]); eben so müssen sie daher auch bey Berechnung des Intestaterbtheils, nach welchem die Summe des Pflichttheils bestimmt werden soll, und auch bey der Festsetzung der richtigen Quote des Pflichttheils gezählt werden.

§. 109.

7) Es existiren Ascendenten oder vollbürtige Geschwister und Halbgeschwister.

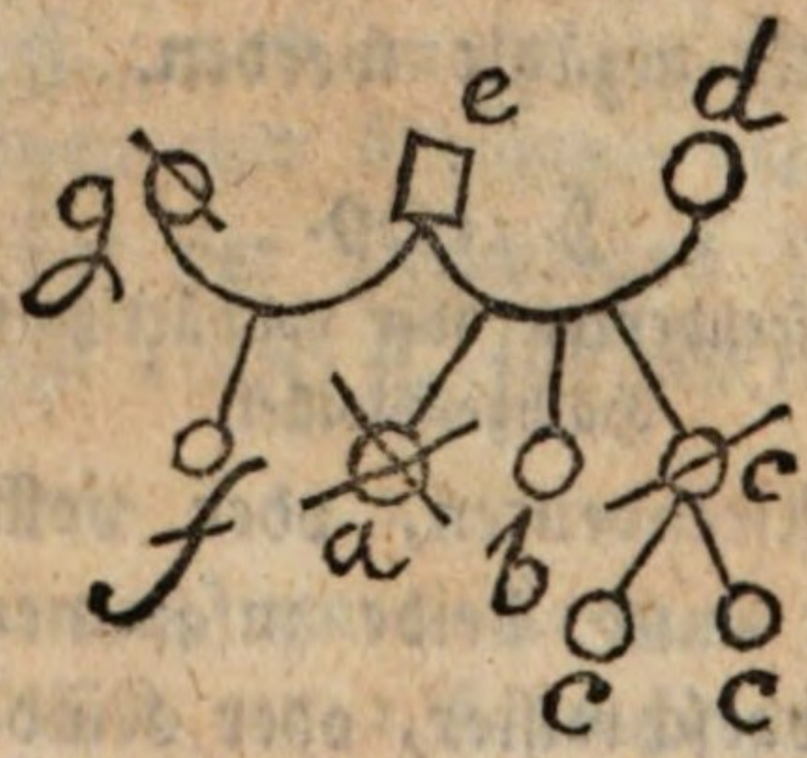
Wenn Ascendenten, oder vollbürtige Geschwister, oder auch beide zusammen und überdas noch Halbgeschwister, oder Kinder von vor-

---

a) Nov. 118. cap. 3. Koch a. a. O. §. 45. und 78.

b) Nov. 118. cap. 3. Koch a. a. O. Glück Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 122.

her gestorbenen Halbgeschwistern existiren, so können leztere in der Intestatsuccession keinen Erbtheil verlangen, sondern die Ascendenten und vollbürtige Geschwister schliessen sie völlig aus [a]), sie gehören in eine ganz andere Classe, und haben schlechterdings in keinem Fall irgend eine Concurrenz mit den erstern, eben so wenig als alle weit entfernte Seitenverwandte: eben so wenig als diese können also die Halbgeschwister bey Berechnung des Pflichttheils für die Ascendenten oder vollbürtigen Geschwister in Betrachtung kommen, sondern da der Pflichttheil so viel als ein Theil von der Portion des Vermögens des Erblassers ist, die der Pflichttheilsberechtigte erhalten haben würde, wenn ihn und seine Classe die Intestatsuccession getroffen hätte (§. 82. ff.) die Halbgeschwister aber in einer andern Classe stehen, als jene, so können sie weder bey Bestimmung des Intestaterbtheils noch der Quote des Pflichttheils mitgerechnet werden. Z. B.



Wenn hier der a 24000 fl. hinterläßt, so concurriren die beiden Eltern e d mit dem voll-

a) Nov. 118. cap. 3.

bürtigen Bruder b und dem Stamm c, auf jeden fallen also in der Intestatsuccession 6000 fl. und da es vier Concurrenten sind, so beträgt der Pflichttheil so viel als ein Drittel, davon also für den d e und b jedem 2000 fl.; der Halbbruder f kommt nirgends in Betracht.

§. 110.

III. Classe der Halbgeschwister.

1) Es sind blos Halbgeschwister da.

Sind keine Ascendenten, auch keine vollbürtige Geschwister oder Kinder von solchen, sondern blos Halbgeschwister da, so succediren sie in der Intestaterbfolge nach Köpfen [a]); sind nun die Halbgeschwister von der Art, daß sie den Pflichttheil zu fordern berechtigt sind (Th. 1. §. 75.), so müssen bey dessen Berechnung auch eben so wie bey den vollbürtigen Geschwistern (§. 107.) die Köpfe der in der Intestatsuccession miterbenden Halbgeschwister gezählt, und darnach sowohl das Intestaterbtheil als die Quote des Pflichttheils bestimmt werden.

§. 111.

2) Es sind Halbgeschwister und Kinder von vorher gestorbenen Halbgeschwistern vorhanden.

Wenn Halbgeschwister und Kinder von vorher gestorbenen Halbgeschwistern, oder auch blos

---

a) Nov. 118. cap. 2. Glück a. a. O. §. 129. Koch a. a. O. §. 81.

Kinder der leztern Art neben einem Halbbruder oder Schwester vorhanden sind, daher in der Intestatsuccession mit einander concurriren, so succediren die erstern nach Köpfen und die leztern nach Stämmen [a]). Auch hier werden so wie bey den vollbürtigen Geschwistern oder Geschwisterkindern die in der Intestatsuccession miterbende Köpfe und Stämme sowohl bey Berechnung der Summe des Erbtheils als bey Bestimmung der Quote des Pflichttheils gezählt, (§. 108.)

§. 112.

Wenn vollkommne Adoptiveltern vorhanden sind, so kommen sie bey Bestimmung des Betrags des Pflichttheils eben so in Rechnung, wie die natürliche Eltern.

Wenn vollkommene Adoptiveltern vorhanden sind, und der Pflichttheil berechnet werden soll, so muß man stets den Grundsatz vor Augen haben: daß dieselben völlig gleiche Rechte mit den natürlichen Eltern haben [b]), daß sie also auch bey Bestimmung des Pflichttheils für sie selbst, oder für andere in die nämliche Classe gehörige Personen, eben so wie die natürliche Eltern in Rechnung gebracht werden müssen. Daraus folgt also

1) Wenn der Urgroßvater seinen Urenkel zum Enkel adoptirt hat, der natürliche Vater

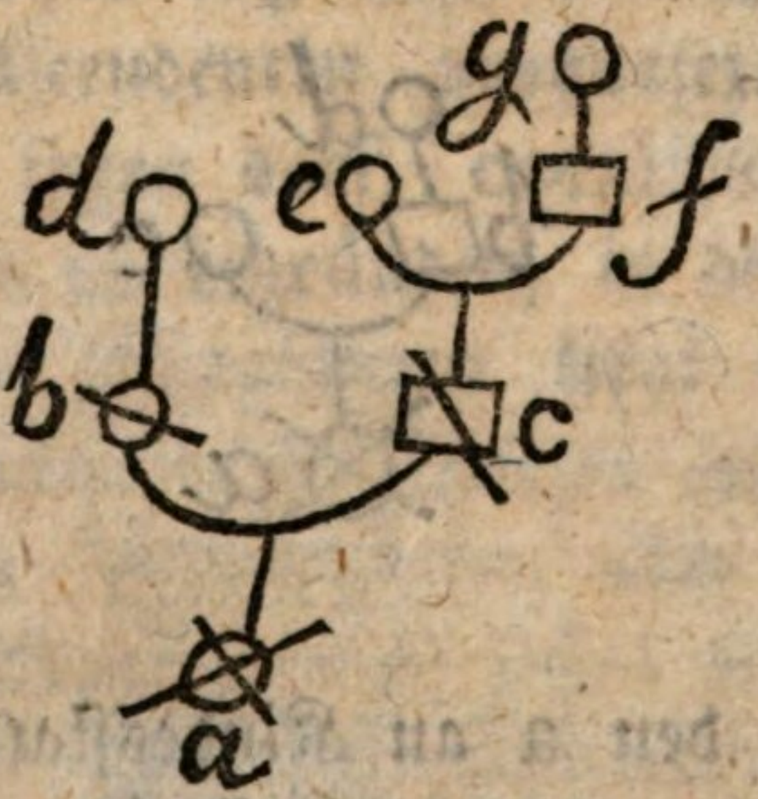
---

a) Glück. a. a. O. §. 130.

b) §. 2. Inst. de adoption.

oder die Mutter des Adoptirten aber noch leben, so schliessen diese jenen ganz aus, der Adoptivgroßvater kann gar keinen Pflichttheil erhalten, denn er ist einen Grad entfernter, als die natürliche Ascendenten, und bey der Concurrenz der natürlichen Eltern mit Adoptiveltern schliessen dieselben sich nach der Nähe des Grads einander aus c). In diesem Fall kommt also auch der Adoptivgroßvater bey der Berechnung des Pflichttheils der natürlichen Eltern auf keine Art in Betracht.

2) Wenn der Urgroßvater seinen Urenkel zum Enkel adoptirt, die natürliche Eltern des Adoptirten todt, die natürliche Großeltern aber noch am Leben sind, so succediren der natürliche Urgroßvater in der Qualität eines Adoptivgroßvaters mit den natürlichen Großeltern zusammen nach den Grundsätzen der Linealsuccession. Z. B.

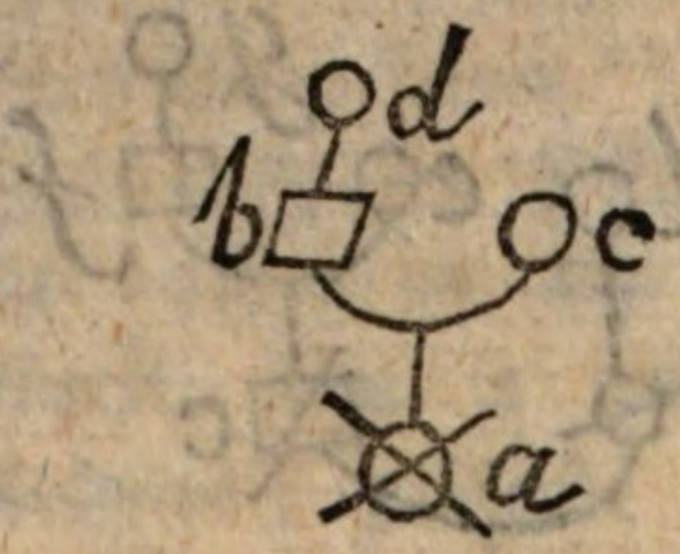


der g hat den a an Enkelsstatt adoptirt, und lezter 18000 fl. hinterlassen, hier erhält die

c) Koch successio ab intest. civ. §. 66.

väterliche Linie, also der d die Hälfte mit 9000 fl., in der Intestatsuccession und sein Pflichttheil ist so viel als ein Drittel davon, also 3000 fl.; in der mütterlichen Linie stehen ein Adoptivgroßvater und zwey natürliche Großeltern, mithin drey Personen von gleichem Grad, diese drey, g e f theilen in der Intestatsuccession die auf ihre Linie gefallene 9000 fl. zu gleichen Theilen, jedes erhält 3000 fl., und der Pflichttheil beträgt so viel als ein Drittel davon, mithin für jedes 1000 fl.

3) Hat der Großvater seinen Enkel an Kindesstatt adoptirt, so trit ebenfalls die Linealsuccession ein, und der Adoptivvater theilt nur in der Linie in der er auch als natürlicher Ascendent steht, zu gleichen Theilen mit denen, die durch die Natur gleichen Grad mit ihm haben. Z. B.



Der d hat den a an Kindesstatt adoptirt, lezterer stirbt, und hat ein Vermögen von 6000 fl., davon fallen 3000 fl. auf die väterliche, und 3000 fl. auf die mütterliche Linie, in lezterer theilen sich d und b zu gleichen Theilen, weil

die

die eine natürliche Mutter, der andere Adoptivvater ist, mithin bekommt jedes 1500 fl. Erbtheil, und das Drittel als Pflichttheil beträgt 500 fl.

4) Concurriren Adoptiveltern mit vollbürtigen Geschwistern, so wird blos nach Köpfen succedirt, und da muß eben so wie bey den natürlichen Eltern für den Adoptivascendent ein Kopftheil berechnet werden (§. 104. ff.), und im Fall er der fünfte Kopf ist, so steigt auch die Quote auf die Hälfte.

Daß, sobald ein vollkommen adoptirender Ascendent mit natürlichen Ascendenten concurrirt, die Grundsätze der Linealsuccession streng angewandt werden müssen, und nicht nach Köpfen succedirt werden könne, ergiebt sich aus dem einfachen Grund, daß bey den Adoptivascendenten das Recht auf einen Pflichttheil sich nicht denken läßt, ohne daß man die Qualität eines natürlichen Ascendenten voraussezt, diese ist, wenn ich so sagen darf, conditio sine qua non um jenes zu begründen, in dieser Qualität des natürlichen Ascendenten liegt der erste und unnachlässige Grund des Rechts auf den Pflichttheil für den Adoptirenden; aller Vorzug der vollkommen Adoptirenden, ihre nähere Familienrechte, ihre väterliche Gewalt, ihr vollkommenes Erbrecht entstehen nur dadurch, und sind ihnen nur deswegen quia in hoc casu — wie Justinian in seinem §. 2. Inst. de ad-

Bayerische Staatsbibliothek München

optionibus sehr kathegorisch sagt, — concurrunt in unam personam et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constitutum, ut et in familia et in potestate hujusmodi patris adoptivi sit. — c). Sobald also ein vollkommenes Erbrecht der Adoptiveltern zur Sprache gebracht wird, so muß auch schlechterdings zu gleicher Zeit seine Qualität als natürlicher Ascendent zur Sprache gebracht werden, denn ohne diese hat er kein vollkommenes Erbrecht, kein Recht auf den Pflichttheil; sagt nun Justinian weiter in der Nov. 118. cap. 2. — Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et foeminas, sive paterni sive materni sint. Si autem eundem habeant gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur: ut medietatem quidem accipiant *omnes* a patre ascendentes, *quanticunque* fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes *quantoscunque* eos inveniri contigerit — wer kann da noch zweifeln, daß auch der vollkommen adoptirende Ascendent nach

---

c) L. 10. Cod. de adoption.

Linien succediren muß, daß er nur an der auf die Linie in der er steht, fallenden Hälfte mit denen zu gleichen Theilen theilt, die in gleichem Grad mit ihm stehen? Ist er nicht ein natürlicher Ascendent, der noch lebt? muß er nicht grade in dieser Qualität sich darstellen, wann er den Pflichttheil haben will [d])? macht er nicht mit den natürlichen Ascendenten plures ascendentes qui vivunt aus, mit welchen Worten die Novelle auch ihn voraussezt? muß nun nicht, nach den deutlichen Worten dieses Gesetzes die Erbschaft in zwey Theile getheilt, die eine Hälfte den mütterlichen und die andere den väterlichen Ascendenten gegeben werden? Ist er berechtigt, wenn der Adoptivparens z. B. aus der mütterlichen Linie kommt, von der auf die väterliche Linie fallenden Hälfte irgend den geringsten Theil zu verlangen, und die Rechte derselben in Rücksicht des Pflichttheils zu schmälern? Nein, durch die von ihm vorgenommen wordene vollkommene Adoption hat er sich nur dem Grad nach so genähert, daß er nicht mehr in der Ordnung ausgeschlossen ist; sein eigentliches Recht auf den Pflichttheil aber hat er nur deswegen, weil er in der mütterlichen Linie der natürlichen Ascendenten steht [e]), und so wie bey diesen Qualitäten die leibliche Mutter

---

d) L. 10. §. 1. in fin. Cod. de adopt. Förster de succeſſione ab inteſtato. Lin. 7. cap. 18.

e) Koch succeſſio ab inteſtato civilis. §. 64. et 65.

ihm gleich ist, so kann er auch nur mit dieser gleich theilen, die väterliche Linie aber hat durch die Novelle ein erworbenes Recht auf die volle Hälfte, und das kann ihr nicht genommen werden. — Es muß also auch dann, wann Adoptivascendenten mit natürlichen Ascendenten in der Intestaterbfolge concurriren, die Theilung nach der Linealsuccession vorgenommen, und nach der Grösse des auf jeden gefallenen Erbtheils die Summe des Pflichttheils bestimmt werden.

Diese Ansicht ist so klar, in den angeführten Gesetzen so deutlich bestimmt, so über allen Zweifel erhaben, daß ich nicht begreifen kann, wie man eine andere Meinung aufstellen und so lange Zeit vertheidigen, wie selbst ein Stryck, [f]) ein Glück, [g]) ein Koch [h]) und Andere behaupten können: daß der vollkommen adoptirende Ascendent mit den natürlichen Ascendenten gleichen Grads in gleiche Theile, also nach Köpfen succedire. Warum auch gerade diese Successionsart nach Köpfen eintreten soll, haben sie mit keinem Grund belegt, sondern auf Gerathewohl angenommen, und eben dieser Mangel aller Gründe der bisher angenommenen Meinung ist ein weiteres Argument für die von mir behauptete.

---

f) Stryck succeſſio ab inteſtato. Diſſ. 2. cap. 1. §. 36.

g) Glück Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 114. S. 349.

h) Koch Succeſſio ab inteſtato civilis. §. 65.

§. 113.

Berechnung des Pflichttheils, wenn neben den Notherben ein überlebender Ehegatte des Erblassers vorhanden ist, der eine statutarische Portion erhält.

1) Verschiedene Meinungen darüber.

Wenn der, welcher pflichttheilsberechtigte Notherben hat, auch einen Ehegatten hinterläßt, der eine statutarische Portion[a]) erhält, so entsteht die sehr

---

a) Pestel Disquisitio juris germanici de successione inter conjuges ab intestato. Rintel 1745. Joh. Hieron. Hermann Unterricht von der Erbfolge ab intestato. Ienae 1736. Schott Primae lineae de legitima conjugum successione. Lipſ. 1778. H. E. G. Schwab Erbfolge zwischen Mann und Frau nach gemeinem römischen, gemeinen Sächsischen und Churſächsischen Rechten; mit Walchs Vorrede. Jena 1782. 8. I. C. Schröter de portione conjugum statutaria. Iena 1712. R. C. Schröter de portione conjugum statutaria. Iena 1712. R. C. Henne Diss. de eo quod justum est circa portionem statutariam conjugi superstiti ex defuncti bonis debitam. Erf. 1764. C. F. Walch de portione statutaria. Ienae 1776. Kohl Diss. de successione conjugum Francof. 1731. Kressius Diss. de aequitate successionis conjugum. Helmst. 1719. Schneidt Diss. de successione conjugum juxta jus roman. german. et in specie franconicum. Wirceburgi 1774. de Ludewig Differentiae juris romani et germanici in successione conjugum. Halae 1714.

bestrittene Frage: wie der Pflichttheil der Notherben alsdann berechnet werden müsse? Es ist hier nicht die Rede von der Grösse, oder Berechnung, oder dem Betrag der statutarischen Portion des überlebenden Ehegatten (Thl. I. §. 10. no. 4.), sondern blos von dem Einfluß, den die Existenz einer zur statutarischen Portion berechtigten Person auf die Grösse und Berechnung des Pflichttheils der hiezu berechtigten Personen hat. Hierbey theilen sich nun die Rechtsgelehrten in sehr verschiedene Meinungen, es sagen nämlich

1) einige: Die Existenz eines zur statutarischen Portion berechtigten Ehegatten habe auf die Berechnung des Pflichttheils schlechterdings keinen Einfluß, der Pflichttheil werde gerade so berechnet, als ob ein Ehegatte gar nicht existire, also aus dem ganzen Nachlaß des Verstorbenen nach der Zahl der in der ersten, zweyten oder dritten Classe stehenden gemeinen Intestaterben; die Portion, welche der Ehegatte erhält, wird noch zur Erbschaft genommen, wenn der Intestaterbtheil des zum Pflichttheilsberechtigten bestimmt werden soll, und der Ehegatte selbst wird nicht mitgezählt, wenn die Quote des Pflichttheils bestimmt wird [b]).

---

b) Carpzov Lib. 6. resp. 48. Coccejus Jus civile controvers. P. I. L. 5. T. 2. quaest. 32. Berger Oeconom. jur. L. 2. P. 4. §. 16. not. 6. Gail Lib. 2. obs. 56. n. 16. obs. 124. Wernher P. 3. obs. 47. Walchius Introductio in

2) Andere sagen: Man zieht zuförderst die ganze statutarische Portion des Ehegatten von der Verlassenschaft ab, von dem hiernach bleibenden Rest berechnet man den Intestaterbtheil des Notherben, und die Quote des Pflichttheils wird nach der Zahl der Notherben, ohne jedoch den Ehegatten dazu zu zählen, bestimmt.c)

---

controversias juris civilis. Sect. 2. cap. 4. membr. 2. §. 4. Consilia Halensia L. 2. cons. 46 und 211. Leyser Meditation. ad Pandectas. sp. 91. med. 5. Hellfeld Jurisprudent. forens. §. 547. Richter Successio ab intestato Sect. 4. membr. 2. n. 26. Stryck de successione ab intestato. Diss. 4. cap. 3. §. 12. und 59. Struv Exercit. 38. thes. 40. I. Schitter Diss. de legitimae cum quarta vel simili portione superstiti conjugi debita concurrentis computatione. Argent. 1697. Carl Ludwig Christ. Röslin Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils. 1tes Stück 1772. 2tes Stück 1773. Derselbe Sechs Nachträge zu seinen Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils 1777. Carl Fried. Walchius Diss. de portione statutaria in legitimam computanda. Ienae 1776.

c) Lauterbach Collegium theoretico-practicum Pandect. Tom. 1. L. 5. Tit. 2. §. 46. Derselbe Conclusion. forens. Exercitat. 15 thes. 11. Derselbe Compendium juris. edit. a Schützio L. 5. T. 2. §. 15. Berlich P. 3. concluss. 27. n. 68. Concluss. 29. n. 60. I. C. Schröter Diss. de praerogativa portionis statutariae prae-

3) Noch andere endlich sagen: Man zieht zuerst die statutarische Portion von der Verlassenschaft, und vom Rest berechnet man den Intestaterbtheil des Notherben, bey Bestimmung der Quote des Pflichttheils aber wird der überlebende Ehegatte zu den Notherben gezählt, und beträgt ihre Zahl mit Einschluß des Ehegatten fünf oder mehr, so ist der Pflichttheil die Hälfte; ist die Zahl kleiner, so ist er ein Drittel. Diese Meinung unterscheidet sich also von der zweyten nur in Rücksicht der bey Bestimmung der Quote des Pflichttheils in Betracht zu ziehenden Person des überlebenden Ehegatten. [d])

---

legitima, ejusque computatione ex bonis feudalibus noviter acquisitis. Ienae 1725.

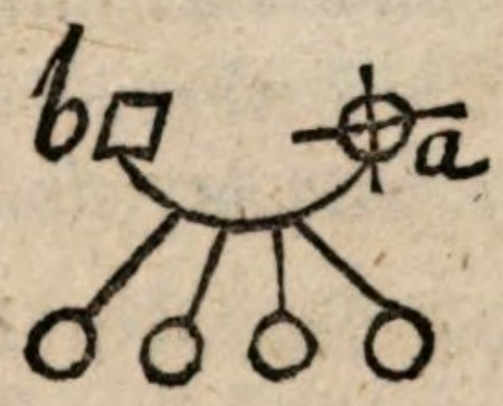
d) Carl Friedrich Gerstlacher Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils der Eltern, Kinder und Geschwister, wann der überlebende Ehegatte miterbt. Stuttgard 1773. W. C. F. J. (Jäger) Ohnpartheyische Prüfung der Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils. 1773. C. F. Gerstlacher Bestätigung und nähere Erläuterung der neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils. Stuttgard 1776. Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate ad Nov. 18. cap. 1. Erlangae 1788. §. 23. Müller Promtuarium juris novum. Vol. 4. pag. 285. ff. legitima parentum. §. 10. ff.

§. 114.

Fortsetzung.

2) Praxis, und Unterscheidung der hierher gehörigen Fälle nach der Theorie des Rechts.

Bey Erörterung dieser Streitfrage muß man vor allen Dingen die Praxis von der theoretischen Untersuchung unterscheiden; jene geht fast allgemein nach der ersten Meinung, die Gerichte der Reichsstände, die Facultäten und selbst die Reichsgerichte [a]) sprechen nach dem Zeugnisse der angeführten zahlreichen Schriftsteller (§. 113. not. b) darauf, daß der Pflichttheil aus dem ganzen ungetheilten Nachlaß des Verstorbenen zu berechnen sey. Z. B.



Der a stirbt und hinterläßt ein Vermögen von 24000 fl., der Intestaterbtheil eines jeden der vier Kinder würde 6000 fl. betragen, und der Pflichtheil so viel als ein Drittel davon, mithin 2000 fl. für jedes Kind. Die hinterlassene Gattin b kommt also dabey nicht in Betracht, und ihre statutarische Portion, sie bestehe worin sie wolle, steckt noch unter dem Vermögen, von dem der Pflichttheil genommen wird.

---

a) Berger Oeconom. juris. L. 2. T. 4. §. 16. not. b.

Was die theoretischen Grundsätze über diesen Punkt anbelangt, so glaube ich, daß die Frage sich nicht in einem Male allgemein beantworten lasse, sondern es kommt darauf an

1) ob die Statuten die Berechnung des Pflichttheils beym Eintrit einer zu verabreichenden statutarischen Portion genau bestimmen, alsdann geht es darnach.

2) Wenn dieß nicht der Fall, so ist darauf zu sehen, ob die Statuten dem überlebenden Ehegatten ein, dem Recht der Pflichttheilsberechtigten absolut völlig gleiches Recht bewilligen; alsdann vermehrt sich die Zahl der Pflichttheilsberechtigten um eine Person, und der Ehegatte muß mitgezählt werden, wann die Intestaterbportion der gemeinrechtlichen Notherben, und auch wann die Quote des Pflichttheils derselben bestimmt wird.

3) Sagen die Statuten deutlich: daß der überlebende Ehegatte kein Erbe seyn, sondern nur diese oder jene Portion als einfacher Nachfolger (Successor singularis) erhalten soll, so kann der Ehegatte eben so wenig wie jeder Gläubiger mitgerechnet, und seine Portion muß vor Berechnung des Pflichttheils vorher, eben so wie die Schulden, abgezogen werden.

4) Wenn aber diese eben angeführten Fälle nicht eintreten, sondern die Statuten weisen dem überlebenden Ehegatten diese oder jene Portion in unbestimmten Ausdrücken zu, alsdann muß man auf das gemeine Recht recurriren, und die Grund-

sätze anwenden, die im römischen Recht von der Succession der Ehegatten enthalten sind; man muß annehmen: daß die in den Statuten enthaltene Portion die römische nur in so fern ändere, als sie deutlich disponiren; man kann nur die geringste Abweichung vom gemeinen Recht zulassen; und da dann gewöhnlich nur die Summe der Portion in den Statuten verändert ist, so sind auch die römischen Grundsätze im allgemeinen noch gültig, und nur in so fern aufgehoben, als sie die Summe bestimmen.

§. 115.

Fortsetzung.

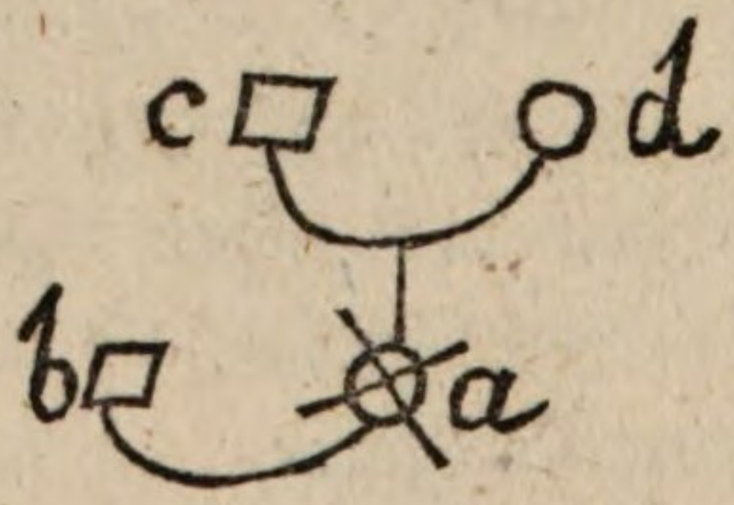
3) Wie geschieht die Berechnung des Pflichttheils insbesondere nach römischen Recht.

a) Wie wird der Intestaterbtheil berechnet?

Nach dem, was ich so eben im vorigen Paragraphe sagte, ist es also eine sehr praktische Frage: Wie nach gemeinem römischen Recht der Pflichttheil berechnet wird, wenn ein überlebender armer Ehegatte existirt?

Der Grundsatz: daß der Pflichttheil so viel als ein Theil derjenigen Portion ist, die der Pflichttheilsberechtigte erhalten haben würde, wenn er und seine Classe in der Intestatsuccession geerbt hätten — ist schon oben (§. 81. ff.) so auseinander gesezt und erwiesen worden, daß ich ihn hier ohne weitere Vertheidigung als ausgemachte Wahrheit voraussetzen kann; er ist nir-

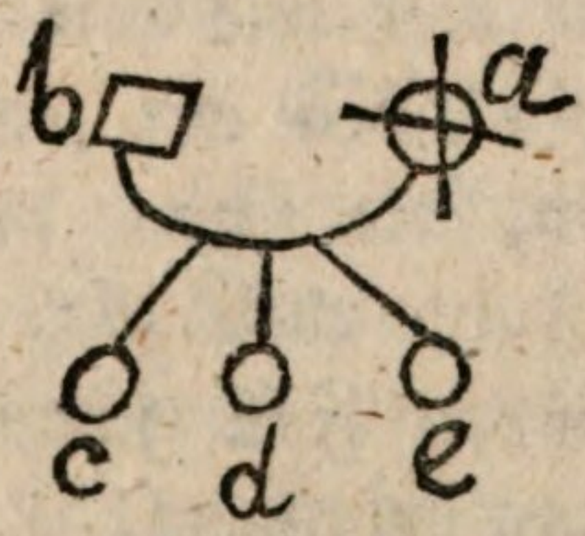
gends auf den Fall aufgehoben oder geändert, wenn eine überlebende arme Ehegattin eine Portion erhält, er ist allgemein und duldet keine Ausnahme; man gehe also auch in dem vorliegenden Falle darnach zu Werke, man berechne jedem, der zum Pflichttheil berechtigt ist, auch dann, wann eine Gattin einen Theil des Nachlasses erhält, seinen Intestaterbtheil, und davon seine Quote nach der Anzahl der Personen, und die Frage ist entschieden. Denn was in der Intestatsuccession jeder bekommt, das entscheiden die Novellen 53. cap. 6. Nov. 117. cap. 5. und Nov. 118. cap. 1. 2. 3. so genau, daß darüber kein Streit mehr obwaltet. Es muß also der Theil, den die arme Frau von dem Nachlaß des verstorbenen reichen Manns bekommt, erst abgezogen, und der Ueberrest nach den Köpfen, Linien oder Stämmen in gleiche Theile getheilt, jedem Pflichttheilsberechtigten sein Theil zugewiesen, und so viel als das Drittel oder die Hälfte davon, als Pflichttheil ausgeworfen werden. Z. B.



Der a stirbt und hinterläßt 30,000 fl.; seine Frau ist arm, und daher auf ein Viertel der Verlassenschaft berechtigt, eines seiner Eltern

aber ist auf den Pflichttheil zum Erben eingesezt. Um zu bestimmen, wie viel dieser beträgt, gebe man vorerst der armen Frau b ihre Quarte mit 7500 fl., von den hiernach übrig bleibenden 22500 fl. erhält jedes der Eltern, in der Intestatsuccession die Hälfte mit 11250, der Pflichttheil macht so viel als ein Drittel davon, folglich 3750 fl. für jedes der Eltern.

In der Novelle 117. cap. 5. ist die besondere Disposition enthalten, daß, wenn die arme Frau mit Kindern concurrirt, sie ihre von dem Nachlaß des Manns erhaltende Portion nicht eigenthümlich, sondern nur nießbräuchlich besitzen, und das Eigenthum davon den Kindern seyn soll. Es fragt sich also: wie ist hier der Pflichtheil zu berechnen? Man gehe auch hier nach dem vorhin angezogenen allgemeinen Grundsatz, vertheile die Erbschaft, wie sie in der Intestaterbfolge vertheilt wird, und gebe jedem Pflichttheilsberechtigten statt des auf ihn fallenden ganzen Erbtheils nur so viel als ein Drittel oder die Hälfte, und das ist der Pflichttheil. Z. B.



a stirbt mit Hinterlassung von 24000 fl., da seine arme Frau b mit Kindern concurrirt, so

erhält sie ein Viertel also 6000 fl. nießbräuchlich, es bleiben mithin noch 18000 fl. übrig, welche c d und e zu gleichen Theilen erben, jeder bekommt in der Intestatsuccession davon ein Drittel, also 6000 fl., sogleich mit vollem Eigenthumsrecht. Da aber die b ihre 6000 fl. nur nießbräuchlich besizt, so hat jedes Kind auch davon noch 2000 fl, nach dem Tod der b zu erwarten; jedes Kind erhält also gleich nach des Vaters Tod 6000 fl. baar, und nach der Mutter b Tod nochmals 2000 fl.; dieß ist sein Intestaterbtheil, und rechnet man davon ein Drittel als Pflichttheil, so muß a jedem seiner Kinder als Pflichttheil 2000 fl. gleich nach seinem und 666 fl. 40 kr. nach dem Tod der b geben. — Dieß scheint zwar einem unten (§. 150) vorkommenden Grundsatz zu widersprechen, nach welchem nämlich der Pflichttheil auf keinerley Weise, auch nicht mit einem Nießbrauch beschwert werden darf; allein dieser leztere Grundsatz ist dem ersteren subordinirt, der Pflichttheil als Pflichttheil darf freilich nicht gravirt werden, da aber der Pflichttheil nichts anders ist, als so viel wie eine Quote des Intestaterbtheils, so bleiben auf jenem auch die Beschwerden liegen, die schon auf dem Intestaterbtheil ruhen, und eben dieser Intestaterbtheil ist im vorliegenden Fall schon zum Theil mit dem Nießbrauch beschwert, folglich bleibt es auch der Pflichttheil; es trit hier die Regel ein: was vom Ganzen gilt, das gilt auch von seinen

Theilen. Der Nießbrauch der b entsteht nicht durch das Testament, nicht durch den Willen des Erblassers, sondern durch ein absolut gebietendes Gesetz, und so wie der a selbst gezwungen war sich diesem zu unterwerfen, so müssen auch seine Nachfolger das nämliche thun und auch das anerkennen, was a zu gehorsamer Erfüllung dieses Gesetzes und in Folge desselben verordnet hat.

§. 116.

Fortsetzung.

b) Wie wird die Quote des Pflichttheils bestimmt?

Nach dem vorhergehenden Paragraph ist also die Art bestimmt, wie die Summe des Intestaterbtheils berechnet wird, jezt entsteht noch die Frage: wie die Quote bestimmt wird, die den Pflichttheil ausmacht? Ist nämlich die arme Frau des reichen Manns unter die Personen zu zählen nach deren Anzahl bestimmt wird, ob der Pflichttheil ein Drittel oder die Hälfte ist?

Ich behaupte nein, sie wird nicht mitgezählt, sondern blos die nach dem gewöhnlichen Successionsrecht in die Classe dessen dem der Pflichttheil gebührt gehörige Personen, werden bey Bestimmung der Quote desselben gezählt, die arme Frau aber wird ausgeschlossen, (numerum non facit). Hierher schlägt die unter den Rechtsgelehrten strittige Frage ein: ob der arme Ehegatte seine Portion, die er aus der

Verlassenschaft des verstorbenen reichen Gatten erhält als eine wahre Erbportion habe, oder ob er sie nur durch besondere Wohlthat der Gesetze erhalte; und da glaube ich, daß es keine Erbportion, daß der dürftige Gatte kein wahrer Erbe sey. Zu Begründung dieser Entscheidung finde ich, ohne Rücksicht auf das was schon Andere dafür angeführt haben [a]), einige dieselbe über allen Zweifel erhebende Gründe in eben dem Gesetz, worin das ganze Recht der armen Frau verwilligt ist. Wenn der Gesetzgeber grade da, wo er einer Person ein Recht auf einen Theil des Vermögens eines andern giebt, auch sagt: daß sie kein Erbrecht haben soll, so muß das doch sicher allem anderen vorgehen. — Justinian und seine Vorgänger hatten nämlich in mehreren frühern Verordnungen mancherley Bestimmungen über die Succession der Ehegatten gegeben, alle diese schienen

---

a) Koch successio ab intestato civilis. §. 113. Stryck de successione ab intestato Diss. 4. cap. 1. §. 26 — 28. Puffendorf observat. jur. univers. T. 3. obs. 177. Wernher observ. forens. P. 4. obs. 320. Aug. Fr. Siegm. Green Diss. an vidua, quae portionem statutariam capit, pro herede mariti habenda sit. Lips. 1786. Weber Diss. de successione conjugis superstitis pauperis. Giess. 1718. cap. 3. §. 11. Zoller Diss. de successione statutaria conjugum. Lips. 1781.

nen dem Justinian aber zulezt nicht ganz billig und passend, er sagte daher in seiner im Jahr 541 erlassenen Novelle 117. cap. 5. Quia vero legem dudum posuimus praecipientem, ut, si quis uxorem aliquando sine dotalibus acceperit, cum affectu solum nuptiali, et hanc sine causa legibus agnita projecerit: accipere eam quartam partem substantiae ejus: et aliam post hanc fecimus legem decernentem: si quis indotatam uxorem per affectum solum acceperit, et usque ad mortem cum ea vivens, praemoriatur, accipere similiter et eam quartam illius substantiae portionem: ita tamen ut non transcendat hoc centum librarum auri quantitatem. In praesenti *melius* utramque legem disponentes, sancimus, in utroque casu ex talibus matrimoniis natos filios, legitimos esse, et ad paternam vocari *hereditatem*: uxorem *autem* ex utroque horum casuum, siquidem usque ad tres habuerit filios ejus vir, sive ex ea, sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii: tantum in utroque simiiter casu accipere iubemus mulierem, quantum uni competit filiorum: ita quippe, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat: dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis

nuptiis habuerit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit: jubemus etiam domi-nii jure habere eam res, quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem jussimus legem. Quae tamen irrationabiliter excluſa est: in ipso tempore expulsionis partem jubemus accipere, quae continetur hac lege. Virum enim in talibus casibus quartam, secundum priorem nostram legem, ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus [b]). Fünf Stellen dieses Gesetzes beweisen auf's klarste, daß der arme Ehegatte seine Portion nicht als Erbe, sondern blos aus einer eigenen Bewilligung des Gesetzes enthält, und jeder, der diese Novelle nur mit einiger Aufmerksamkeit liest, muß mir gewiß beistimmen.

1) Vorerst sagt Justinian: wenn ein reicher Ehemann stirbt und neben seiner armen Wittwe auch ehelich gebohrne Söhne hinterläßt, dann sollen die Söhne die rechtmäßigen Erben seyn, die arme Wittwe aber soll den vierten Theil von dem Vermögen des Manns bekommen — ex matrimoniis talibus natos *filios*, *legitimos esse* et ad paternam vocari *hereditatem*: uxorem *autem* quartam partem ex substantia viri accipere. —

---

b) Die Hombergkische Uebersetzung dieser Novelle weicht in den entscheidenden Stellen von der vulgata gar nicht ab, wenigstens hat sie keine den Sinn im geringsten ändernde Abweichung.

Wer ist's, der hier noch zweifeln kann? Sagt er nicht, daß die Söhne die rechtmässigen Erben seyn sollen? Sagte er nicht mit den unzweideutigsten Worten, daß nur die Söhne die väterliche Erbschaft bekommen sollen? Sezt er nicht diesen Erben die Frau grade entgegen? Jene sollen Erben seyn, diese soll es nicht seyn; jene sind heredes universales, diese soll nur einen partem singularem des Nachlasses bekommen, der so viel beträgt als der vierte Theil des Nachlasses ausmacht. Wie hätte man diesen Sinn schöner, bündiger und kürzer ausdrücken sollen, als Justinian ihn durch die schnelle Gegeneinanderstellung der verschiedenen Qualitäten der Söhne und der Wittwe, und durch das präcise, bündige Wort autem bestimmt? Welcher Philolog kann wohl nach den Regeln der lateinischen Sprache einen andern Sinn heraus bringen und vertheidigen? Ja, wer kann nur einen Schein für einen andern Sinn angeben? Nein es läßt sich kein anderer fassen, der Gesetzgeber redet zu bestimmt, er sagt ja wer Erbe seyn soll, die Söhne sollen es seyn; er sezt ihnen die Frau entgegen, sagt daß diese nur so viel als ein Viertel der Verlassenschaft beträgt, erhalten soll; und wie sollte er nun deutlicher sagen: daß der Frau kein eigentliches Erbrecht zustehe? Sollte er etwa noch den Zusatz machen: und die Frau soll kein Erbe seyn; so könnte man mit eben dem Recht fordern, daß er dazu hätte setzen müs-

sen: derjenige, der dem Mann Geld gelehnt hat, soll es bekommen, aber kein Erbe seyn, derjenige, der dem Mann eine Kuh verkauft hat, soll den Kaufschilling bekommen, aber kein Erbe seyn, und so hätte er alle und jede einzelne Classen und Verbindlichkeiten, das ganze Heer von juristischen Geschäften durchgehen und bey jedem einzelnen sagen müssen, daß die Erben sie erfüllen sollen, aber auch den Zusatz machen müssen, daß der gegen den die Verbindlichkeit erfüllt wird, nicht Erbe seyn soll! und wer will so etwas fordern? Genug, er hat gesagt: wer Erbe seyn soll, und dieser schließt alle Andere, folglich auch die Wittwe aus. Schon dieß allein würde hinreichend seyn, um die angenommene Meinung gegen jeden Angriff, welcher Art er auch sey, zu vertheidigen; doch das ist's noch nicht einmal allein, denn

2) sagt dasselbe Gesetz, daß die Annahme eines intellectuellen Theils, einer Quote vom ganzen Nachlaß, keinen Einfluß auf das Recht an sich haben, sondern daß sie nur zum Maasstab für die Summe, nur allein zur Bestimmung der Quantität dienen soll; denn tantum — accipere jubemus mulierem, quantum uni competit filiorum; die Quantität wird gleichgesezt, von einer Gleichstellung der Qualität aber ist keine Rede. Eben so sagt das Gesetz

3) daß das, was die Ehegattin erhält, nur res ex facultatibus viri seyen; und macht denn eine res, machen mehrere res eine so allge-

meine Nachfolge in alle Rechte und Verbindlichkeiten aus, als ein wahres Erbrecht bewirkt? Steht nicht eine res der hereditas, dem universo juri entgegen? Gewiß es kann Niemand behaupten, und es hat Niemand behauptet, daß derjenige, welcher blosse Sachen von einem Nachlaß bekommt, blos deswegen, weil er Sachen vom Nachlaß erhält, ein wahrer Erbe des Verstorbenen sey, der sie hinterlassen hat. Hätte Justinian der armen Wittwe ein wahres Erbrecht geben wollen, so hätte er sie zu den Söhnen gesezt, als er diese zu Erben ernannte und hätte sich nachher noch deutlicher erklärt, aber nicht sich solcher Ausdrücke bedient, die mit der Qualität eines Erben unvereinbarlich sind. Ja es ist

4) der größte Widerspruch gegen die ersten Grundsätze des Rechts, wenn man annehmen will, daß die Portion, welche die arme Frau vom Nachlaß ihres Manns bekommt, eine wahre Erbportion sey. Denn einer der ersten Grundsätze ist: ein Lebender wird nicht geerbt! nun aber sagt unser Gesetz, daß die Frau eben die Portion, von der wir reden, auch schon bey Lebzeiten des Manns erhalten soll, nämlich alsdann, wenn derselbe sie ohne rechtmässige Ursache fortjagt — Quae tamen irrationabiliter excluſa eſt: in ipſo tempore expulſionis, partem jubemus accipere quae continetur hac lege. Sollte also die Frau die Quarte als Erbin bekommen, so müßte sie ihren Mann schon bey lebendigem

Leibe erben; und das wird doch niemand verlangen?

5) In dem Fall, wo die Frau mit Kindern concurrirt, kann es gar keine Frage seyn, ob sie erbe, denn da hat sie ja gar nichts Eigenthümliches, sie hat blos den Nießbrauch vom vierten Theil, und ein solches Recht kann man doch wahrlich nicht Erbrecht nennen. Bekommt sie aber auch dann, wenn sie mit andern Personen als Kindern des Verstorbenen concurrirt, den vierten Theil als Eigenthum, so hat sie nun zwar Eigenthumsrecht, und vorher hatte sie blos lebenslängliches Nießbrauchsrecht, allein der Grund dieses Rechts ist doch immer der nämliche, nirgends ist von einer Veränderung desselben mit einer Silbe die Rede, und nirgends wird ein Unterschied gemacht, kann also Erbrecht der Grund des Rechts auf den Nießbrauch nicht seyn, so kann das Eigenthum sich auch nicht auf Erbrecht gründen.

So also athmet das Gesetz, auf das allein die Frau ihre Ansprüche auf einen Theil vom Nachlaß ihres Manns gründen kann, überall den Geist, daß sie kein Erbrecht, sondern ein gesetzliches singuläres Recht haben soll; und nimmt man noch hierzu, daß sie dieß Recht nur mit einer Condiction aus dem Gesetz verfolgen kann, c) daß sie durch das jus accrescendi, wenn man auch, obgleich unrichtig, annehmen wollte, daß

---

c) Glück Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 142.

sie irgend ein solches habe, doch nie mehr als den vierten Theil erwerben könnte, und daß das, was mehr auf sie fiele, nicht von ihr acquirirt werden könnte, sondern den übrigen Erben zuwächst,[d]) daß ihr diese Quarte auch als Legat gelassen werden kann[e]) und was dergleichen andere Gründe mehr sind, so weiß ich nicht, wie so angesehene Juristen als Glück[f]) und Andere[g]) behaupten können, daß der arme Gatte ein wirkliches wahres Erbrecht habe. Der einzige Grund, den die Gegner anführen, ist bey weitem nicht von der Bedeutung, als sie glauben, sie berufen sich nämlich auf Nov. 53. cap. 6. §. 1. allein eines Theils scheint der Sinn dieser Stelle lediglich dahin zu gehen: daß die Frau nicht gradezu vom ganzen Activvermögen ein Viertel soll wegnehmen können, sondern daß sie sich erst die

---

d) Nov. 117. cap. 5. Glück a. a. O. §. 143. Westphal Diss. de jure accrescendi inter coheredes. cap. 2. §. 7. pag. 25.

e) Nov. 53. cap. 6. praefat. et §. 2.

f) Glück a. a. O. §. 143.

g) J. E. B. Emminghaus Rechtliche Erörterung der Frage: in wie fern die noch nicht anerkannte statutarische Portion auf die Erben übergehe. Weimar 1784. Cap. 2. §. 11. ff. Leyser Medit. ad Pandect. spec. 424. med. 7. specim. 425. med. 1. 2. Hommel Rhapsod. quaest. forens. Vol. 2. obs. 410. I. S. T. Böhmer Diss. de ratione decidendi controversias circa portionem statutarium conjugum. Halae 1749.

Schulden ihres Manns davon abziehen lasse; andern Theils aber, wenn man auch annimmt, daß der Sinn der Worte so sey, wie die Vertheidiger der gegentheiligen Meinung angeben, so ist doch diese Novelle 53 im Jahre 537, die Novelle 117 aber erst im Jahre 541, also vier Jahre später als jene erlassen worden. Schon deswegen muß die Novelle 53 der 117ten nachstehen, und die Dispositionen von jener können gegen den Inhalt von dieser neueren, die, wie ich vorhin gezeigt habe, ein Erbrecht der Ehefrau schlechterdings nicht zuläßt, nichts ausrichten. Allein nicht das blosse Alter soll der Novelle 117 den Vorzug verschaffen, sondern Justinian hat auch ausdrücklich erklärt, daß er die Novelle 53, in so fern sie den Ehegatten gewisse Rechte, gegen einander giebt, corrigire, und die Novelle 53 ist daher in Rücksicht ihres die Succession der Ehegatten betreffenden Inhalts wirklich aufgehoben, sie hat gar keine gesetzliche Kraft mehr, sondern die an deren Stelle emanirte Novelle 117 ist das einzig gültige Gesetz in dieser Materie; denn — Quia legem dudum posuimus praecipientem, ut — — et aliam post hanc fecimus legem, decernentem — — sagt Justinian in der Nov. 117. cap. 5. — — in praesenti *melius* utramque legem disponentes, sancimus &c. &c. — mithin verliert das Argument der Gegner mit der Novelle 53, aus der es hergenommen ist, alles gesetzliche Ansehen.

Aus allem bisher Gesagten ergiebt es sich also, daß der arme Ehegatte nach römischem Recht gar kein eigentlicher Erbe sey, daß seine Portion keine Erbportion, sondern eine durch gesetzliche Bestimmung schuldige Abgabe der Erben an ihn ist, die zwar, ehe der Pflichttheil der Notherben berechnet werden kann, von der Verlassenschaft abgezogen werden muß[h]), deren Empfänger aber auf die Erhöhung des Pflichttheils von einem Drittel auf die Hälfte keinen Einfluß haben kann; der Ehegatte kann also unter die Personen, nach deren Zahl die Quote des Pflichttheils bestimmt wird, nicht mitgezählt werden.

§. 117.

Der Enterbte wird der Regel nach mitgezählt. Unter die Personen, über welche die Rechtsgelehrten streiten, ob sie bey Bestimmung des Pflichttheilsquantums mitzuzählen seyen oder nicht, gehören vorzüglich die Enterbten und gültig Präterirten, von denen einige behaupten, sie müßten mitgezählt und in Rechnung gebracht werden[a]), andere hingegen sagen:

---

h) Arg. L. 8. §. 9. D. de inoff. test.

a) Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. §. 13. sq. Thibaut System des Pandecten-Rechts. Bd. 2. §. 913. Struv Syntagma juris civilis. Exercit. 10. thes. 32. W. A. Lauterbach Compendium juris. Tubing. 1711. L. 5. T. 2. Puffendorf observat.

sie könnten nicht in Rechnung gebracht werden [b]).

---

jur. univers. T. 1. obs. 238. T. 3. obs. 171. Huber Praelect. ad Digest. L. 5. Th. 2. thes. 11. n. 14. de Cocceji Ius civile controversum. L. 5. T. 2. qu. 29. Hommel Rhaps. obs. 199. Vinnius select. quaest. L. 1. cap. 21. H. de Cocceji Diss. de liberis qui partem et numerum faciunt. Westenberg Diss. de legitima portione etc. Diss. 3. cap. 3. C. Battandier de legitima. cap. 4. §. 10. Breuning. Diss. de filio juste exheredato connumerando in constituenda legitimae quantitate. Lipsiae 1753. Bastineller Diss. an filius juste exheredatus in computatione legitimae inter liberos sit connummerandus, nec ne. Halae 1712. Daries et Lenz Disquisitio juridica an juste riteque exheredatus in computatione legitimae sit connummerandus. Francofurti 1774. Link Diss. de legitima quatuor liberorum in casu quinti exheredati. van de Poll de exheredatione et praeteritione. c. 65. Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten. §. 395. a. Consil. Tübingens. Vol. 7. cons. 48. n. 90. Wernher T. 1. P. 3. obs. 82. Pütter auserlesene Rechtsfälle. Bd. 3. Thl. 1. resp. 260. n. 42.

b) S. Stryck Cautelae testamentorum. cap. 17. membr. 1. §. 22. Fachinaeus L. 4. controv. c. 31. Schilter Exercitat. ad Digest. exercit. 14. thes. 77. ff. Gail. L. 2. obs. 122. Carpzov P. 3. const. 10. def. 12. ff. Voetius ad Digest.

Bey der Entscheidung dieses Gegenstandes müssen die Fragen getrennt werden: ob der Enterbte bey Bestimmung der Quote mitgezählt (numerum facit), und ob er bey Bestimmung des Erbtheils der einzelnen Erben an dem Nachlaß mitgerechnet wird (partem facit).

Die erste Frage: ob der Enterbte bey Bestimmung der Quote des Pflichttheils mit zu den Personen gezählt wird, ob also der Pflichttheil, wenn der Enterbte das fünfte Kind ist, die Hälfte oder ein Drittel beträgt, — konnte vor Justinians Novelle 18 nicht entschieden seyn, denn damals kam es auf die Zahl der Personen gar nicht an, der Pflichttheil war immer ein Viertel von der Portion, die der Berechtigte erhalten hätte, wenn die Intestatsuccession ihn und seine Classe getroffen hätte; es mochten nun zugleich mit ihm einer oder keiner oder noch zehn concurriren, die Quote blieb doch immer ein Viertel. — Nach der Novelle 18, worin die Quote nach der Zahl der concurrirenden Personen verschieden ist, erfolgte kein Gesetz mehr, worin etwas näheres bestimmt wurde, welche Personen bey Bestimmung der Quote mitgezählt wer-

---

L. 5. T. 2. n. 47. Manz de testamento valido et invalido. T. 12. q. 4. n. 3. P. Müller Diss. de debito bonorum subsidio. cap. 4. §. 2. Merlinus de legitima. L. 1. Tit. 4. Q. 3. Clemann Diss. de supplenda parte legitima. Lips. 1771.

den sollen; ausdrückliche gesetzliche Verordnung fehlt also hierbey ganz, sowohl nach antejustinianischem als nach justinianischem Recht, und man muß die Entscheidung blos aus der Natur der Sache hernehmen. — Der Pflichttheil ist eingeführt und von Justinian erhöhet worden, damit den nächsten Verwandten, welche sich nicht undankbar bezeigt, und durch grobe Vergehungen den Erblasser nicht beleidigt haben, durch unbillige Testamente nicht zu viel von dem entzogen werde, was ihnen nach der natürlichen Liebe und Billigkeit von dessen Nachlaß zu Theil werden sollte; er ist dasjenige, in Rücksicht dessen die freye Disposition auf den Todesfall eingeschränkt, und das gegen alle testamentarische Verordnung gesichert ist c); das Testament kann auf ihn keinen Einfluß haben, sondern er hat seine Bestimmung gegen dasselbe, und ausser dem Testament durch das Gesetz erhalten, und so wie in diesem Zustand noch keine Enterbung vorhanden, aber der Betrag des Pflichttheils doch schon fixirt ist, so kann auch durch ein nachher entstehendes Testament dieser Betrag keine Veränderung leiden. Sobald also von Bestimmung des Be-

---

c) Licebit enim — sagt Justinian in der Novelle 18. cap. 1. — ei *reliquum* octuncium forte aut sexuncium habere et largiri sicut voluerit, filiis ipsis aut cuilibet extraneorum, et natura primo curata competenter, sic ad extraneas largitates accedere.

trags des Pflichttheils die Rede ist, muß auf das Verhältniß zurückgegangen werden, in welchem der Pflichttheilberechtigte ohne das Testament zum Erblasser steht, in diesem Verhältniß erscheint der Enterbte noch nicht als Enterbter, sondern als Miterbender, und was der Pflichttheil da beträgt, muß er auch betragen, wenn nachher ein Testament gemacht, und darin ein oder mehrere Miterben gültig enterbt werden; denn der Betrag des Pflichttheils kann durch kein Testament verändert, weder erhöhet noch vermindert werden, und wenn vor Verfertigung des Testaments fünf Erben existirten, mithin der Pflichttheil die Hälfte des auf jeden fallenden fünften Theils war, so bleibt er es auch, wenn einer dieser Fünfen sich seines Erbrechts unwürdig gemacht hat und enterbt worden ist. — Gewissermassen sagt auch selbst die Novelle 18. cap. 1.[d]), daß blos die Zahl der Kinder, ohne Rücksicht, ob sie enterbt sind oder nicht, die Quote des Pflichttheils bestimmen soll. Wenn man also z. B. folgenden Fall annimmt: Der Testator hat fünf Söhne und ein Vermögen von 10,000 fl., davon enterbt er einen Sohn völlig und gültig, einen andern sezt er blos auf den Pflichttheil, und die drey übrigen als Universalerben ein, so würde hier in der In-

---

d) Siquidem unius est filii pater aut mater: aut duorum, vel trium vel quatuor, non triuncium — — sed tertiam — — si vero ultra quatuor habuerint filios, mediam — —

testatsuccession jeder 2000 fl. erhalten haben, und da es fünf Erben sind, so ist der Pflichttheil so viel als die Hälfte, mithin 1000 fl. diese muß der auf den Pflichtheil eingesezte Sohn bekommen; die übrigen 9000 fl. erhalten die andere drey zu Haupterben ernannte Brüder, mithin ein jeder einzelne 3000 fl.

Die zweite Frage: ob der Enterbte bey Bestimmung des Intestaterbtheils der einzelnen Erben mitgerechnet werden muß, würde eben so wie die vorhergehende schon nach der Natur der Sache bejahet werden müssen, aber diese Frage war auch schon vor der Novelle 18 praktisch, und daher hat Papinian [e]) dieselbe schon bejahend beantwortet, auch Paulus deutet auf die nämliche Meinung [f]).

§. 118.

Wenn eine ganze Klasse enterbt ist, so werden die Enterbten nicht mitgezählt.

Die im vorhergehenden Paragraph gegebene Entscheidung ist und bleibt im allgemeinen und als Regel richtig; allein ein besonderer Fall ist es, wenn der Erblasser alle seine Descendenten enterbt, so daß nun die Classe der Ascendenten oder Geschwister zum Pflichttheil berechtigt wird (§. 144.), werden auch hier die Ent-

---

[e]) L. 8. §. 8. D. de inoff. testam.

[f]) Arg. L. 17. pr. L. 19. D. de inoff. testam.

erbten mitgezählt? — Unmöglich, die Frage muß verneint werden; und doch scheint das dem vorhin aus der Natur der Sache hergeleiteten Grundsatz zu widersprechen. — Die Descendenten und Ascendenten stehen in Rücksicht der Intestaterbfolge in verschiedenen Classen, sie sind von Grund aus so abgetheilt, daß gar keine gesetzliche Norm existirt, wie beide zugleich die nämliche Erbschaft vertheilen könnten [a]), es bleibt also nur die Alternative: entweder erben Descendenten oder Ascendenten und Geschwister, beide zusammen vertragen sich nicht. Ist also die Classe der Descendenten gültig enterbt, so ist zwar die Classe der Ascendenten zum Pflichttheil berechtigt [b]), allein nun kann auch auf die Descendenten gar keine Rücksicht mehr genommen werden, die Ascendenten mit den vollbürtigen Geschwistern machen ein für sich bestehendes von der Classe der Descendenten ganz getrenntes und unabhängiges Ganze aus, diese hat auf jene gar keinen Einfluß, und in diesem Fall können die enterbten Descendenten nicht mitgezählt werden. So lange einzelne Glieder enterbt sind, werden sie in der nämlichen Classe, worin sie stehen, mitgezählt; so bald aber eine ganze Classe enterbt ist, kann man weder die Classe im Ganzen, noch ihre einzelnen Glieder aus denen sie besteht in Anschlag bringen, wenn man in der

---

a) Nov. 118. cap. 1. 2.

b) L. 14. D. de inoff. test.

Leibe erben; und das wird doch niemand verlangen?

5) In dem Fall, wo die Frau mit Kindern concurrirt, kann es gar keine Frage seyn, ob sie erbe, denn da hat sie ja gar nichts Eigenthümliches, sie hat blos den Nießbrauch vom vierten Theil, und ein solches Recht kann man doch wahrlich nicht Erbrecht nennen. Bekommt sie aber auch dann, wenn sie mit andern Personen als Kindern des Verstorbenen concurrirt, den vierten Theil als Eigenthum, so hat sie nun zwar Eigenthumsrecht, und vorher hatte sie blos lebenslängliches Nießbrauchsrecht, allein der Grund dieses Rechts ist doch immer der nämliche, nirgends ist von einer Veränderung desselben mit einer Silbe die Rede, und nirgends wird ein Unterschied gemacht, kann also Erbrecht der Grund des Rechts auf den Nießbrauch nicht seyn, so kann das Eigenthum sich auch nicht auf Erbrecht gründen.

So also athmet das Gesetz, auf das allein die Frau ihre Ansprüche auf einen Theil vom Nachlaß ihres Manns gründen kann, überall den Geist, daß sie kein Erbrecht, sondern ein gesetzliches singuläres Recht haben soll; und nimmt man noch hierzu, daß sie dieß Recht nur mit einer Condiction aus dem Gesetz verfolgen kann, c) daß sie durch das jus accrescendi, wenn man auch, obgleich unrichtig, annehmen wollte, daß

c) Glück Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 142.

sie irgend ein solches habe, doch nie mehr als den vierten Theil erwerben könnte, und daß das, was mehr auf sie fiele, nicht von ihr acquirirt werden könnte, sondern den übrigen Erben zuwächst,[d]) daß ihr diese Quarte auch als Legat gelassen werden kann[e]) und was dergleichen andere Gründe mehr sind, so weiß ich nicht, wie so angesehene Juristen als Glück[f]) und Andere[g]) behaupten können, daß der arme Gatte ein wirkliches wahres Erbrecht habe. Der einzige Grund, den die Gegner anführen, ist bey weitem nicht von der Bedeutung, als sie glauben, sie berufen sich nämlich auf Nov. 53. cap. 6. §. 1. allein eines Theils scheint der Sinn dieser Stelle lediglich dahin zu gehen: daß die Frau nicht gradezu vom ganzen Activvermögen ein Viertel soll wegnehmen können, sondern daß sie sich erst die

---

d) Nov. 117. cap. 5. Glück a. a. O. §. 143. Westphal Diss. de jure accrescendi inter coheredes. cap. 2. §. 7. pag. 25.

e) Nov. 53. cap. 6. praefat. et §. 2.

f) Glück a. a. O. §. 143.

g) J. E. B. Emminghaus Rechtliche Erörterung der Frage: in wie fern die noch nicht anerkannte statutarische Portion auf die Erben übergehe. Weimar 1784. Cap. 2. §. 11. ff. Leyser Medit. ad Pandect. spec. 424. med. 7. specim. 425. med. 1. 2. Hommel Rhapsod. quaest. forens. Vol. 2. obs. 410. I. S. T. Böhmer Diss. de ratione decidendi controversias circa portionem statutarium conjugum. Halae 1749.

Schulden ihres Manns davon abziehen lasse; andern Theils aber, wenn man auch annimmt, daß der Sinn der Worte so sey, wie die Vertheidiger der gegentheiligen Meinung angeben, so ist doch diese Novelle 53 im Jahre 537, die Novelle 117 aber erst im Jahre 541, also vier Jahre später als jene erlassen worden. Schon deswegen muß die Novelle 53 der 117ten nachstehen, und die Dispositionen von jener können gegen den Inhalt von dieser neueren, die, wie ich vorhin gezeigt habe, ein Erbrecht der Ehefrau schlechterdings nicht zuläßt, nichts ausrichten. Allein nicht das blosse Alter soll der Novelle 117 den Vorzug verschaffen, sondern Justinian hat auch ausdrücklich erklärt, daß er die Novelle 53, in so fern sie den Ehegatten gewisse Rechte, gegen einander giebt, corrigire, und die Novelle 53 ist daher in Rücksicht ihres die Succession der Ehegatten betreffenden Inhalts wirklich aufgehoben, sie hat gar keine gesetzliche Kraft mehr, sondern die an deren Stelle emanirte Novelle 117 ist das einzig gültige Gesetz in dieser Materie; denn — Quia legem dudum posuimus praecipientem, ut — — et aliam post hanc fecimus legem, decernentem — — sagt Justinian in der Nov. 117. cap. 5. — — in praesenti *melius* utramque legem disponentes, sancimus &c. &c. — mithin verliert das Argument der Gegner mit der Novelle 53, aus der es hergenommen ist, alles gesetzliche Ansehen.

Aus allem bisher Gesagten ergiebt es sich also, daß der arme Ehegatte nach römischem Recht gar kein eigentlicher Erbe sey, daß seine Portion keine Erbportion, sondern eine durch gesetzliche Bestimmung schuldige Abgabe der Erben an ihn ist, die zwar, ehe der Pflichttheil der Notherben berechnet werden kann, von der Verlassenschaft abgezogen werden muß[h]), deren Empfänger aber auf die Erhöhung des Pflichttheils von einem Drittel auf die Hälfte keinen Einfluß haben kann; der Ehegatte kann also unter die Personen, nach deren Zahl die Quote des Pflichttheils bestimmt wird, nicht mitgezählt werden.

§. 117.

Der Enterbte wird der Regel nach mitgezählt. Unter die Personen, über welche die Rechtsgelehrten streiten, ob sie bey Bestimmung des Pflichttheilsquantums mitzuzählen seyen oder nicht, gehören vorzüglich die Enterbten und gültig Präterirten, von denen einige behaupten, sie müßten mitgezählt und in Rechnung gebracht werden[a]), andere hingegen sagen:

---

h) Arg. L. 8. §. 9. D. de inoff. test.

a) Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. §. 13. sq. Thibaut System des Pandecten-Rechts. Bd. 2. §. 913. Struv Syntagma juris civilis. Exercit. 10. thes. 32. W. A. Lauterbach Compendium juris. Tubing. 1711. L. 5. T. 2. Puffendorf observat.

sie könnten nicht in Rechnung gebracht werden [b]).

---

jur. univers. T. 1. obs. 238. T. 3. obs. 171. Huber Praelect. ad Digest. L. 5. Th. 2. thes. 11. n. 14. de Cocceji Ius civile controversum. L. 5. T. 2. qu. 29. Hommel Rhaps. obs. 199. Vinnius select. quaest. L. 1. cap. 21. H. de Cocceji Diss. de liberis qui partem et numerum faciunt. Westenberg Diss. de legitima portione etc. Diss. 3. cap. 3. C. Battandier de legitima. cap. 4. §. 10. Breuning. Diss. de filio juste exheredato connumerando in constituenda legitimae quantitate. Lipsiae 1753. Bastineller Diss. an filius juste exheredatus in computatione legitimae inter liberos sit connummerandus, nec ne. Halae 1712. Daries et Lenz Disquisitio juridica an juste riteque exheredatus in computatione legitimae sit connummerandus. Francofurti 1774. Link Diss. de legitima quatuor liberorum in casu quinti exheredati. van de Poll de exheredatione et praeteritione. c. 65. Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten. §. 395. a. Consil. Tübingens. Vol. 7. cons. 48. n. 90. Wernher T. 1. P. 3. obs. 82. Pütter auserlesene Rechtsfälle. Bd. 3. Thl. 1. resp. 260. n. 42.

b) S. Stryck Cautelae testamentorum. cap. 17. membr. 1. §. 22. Fachinaeus L. 4. controv. c. 31. Schilter Exercitat. ad Digest. exercit. 14. thes. 77. ff. Gail. L. 2. obs. 122. Carpzov P. 3. const. 10. def. 12. ff. Voetius ad Digest.

Bey der Entscheidung dieses Gegenstandes müssen die Fragen getrennt werden: ob der Enterbte bey Bestimmung der Quote mitgezählt (numerum facit), und ob er bey Bestimmung des Erbtheils der einzelnen Erben an dem Nachlaß mitgerechnet wird (partem facit).

Die erste Frage: ob der Enterbte bey Bestimmung der Quote des Pflichttheils mit zu den Personen gezählt wird, ob also der Pflichttheil, wenn der Enterbte das fünfte Kind ist, die Hälfte oder ein Drittel beträgt, — konnte vor Justinians Novelle 18 nicht entschieden seyn, denn damals kam es auf die Zahl der Personen gar nicht an, der Pflichttheil war immer ein Viertel von der Portion, die der Berechtigte erhalten hätte, wenn die Intestatsuccession ihn und seine Classe getroffen hätte; es mochten nun zugleich mit ihm einer oder keiner oder noch zehn concurriren, die Quote blieb doch immer ein Viertel. — Nach der Novelle 18, worin die Quote nach der Zahl der concurrirenden Personen verschieden ist, erfolgte kein Gesetz mehr, worin etwas näheres bestimmt wurde, welche Personen bey Bestimmung der Quote mitgezählt wer-

---

L. 5. T. 2. n. 47. Manz de testamento valido et invalido. T. 12. q. 4. n. 3. P. Müller Diss. de debito bonorum subsidio. cap. 4. §. 2. Merlinus de legitima. L. 1. Tit. 4. Q. 3. Clemann Diss. de supplenda parte legitima. Lips. 1771.

den sollen; ausdrückliche gesetzliche Verordnung fehlt also hierbey ganz, sowohl nach antejustinianischem als nach justinianischem Recht, und man muß die Entscheidung blos aus der Natur der Sache hernehmen. — Der Pflichttheil ist eingeführt und von Justinian erhöhet worden, damit den nächsten Verwandten, welche sich nicht undankbar bezeigt, und durch grobe Vergehungen den Erblasser nicht beleidigt haben, durch unbillige Testamente nicht zu viel von dem entzogen werde, was ihnen nach der natürlichen Liebe und Billigkeit von dessen Nachlaß zu Theil werden sollte; er ist dasjenige, in Rücksicht dessen die freye Disposition auf den Todesfall eingeschränkt, und das gegen alle testamentarische Verordnung gesichert ist c); das Testament kann auf ihn keinen Einfluß haben, sondern er hat seine Bestimmung gegen dasselbe, und ausser dem Testament durch das Gesetz erhalten, und so wie in diesem Zustand noch keine Enterbung vorhanden, aber der Betrag des Pflichttheils doch schon fixirt ist, so kann auch durch ein nachher entstehendes Testament dieser Betrag keine Veränderung leiden. Sobald also von Bestimmung des Be-

---

c) Licebit enim — sagt Justinian in der Novelle 18. cap. 1. — ei *reliquum* octuncium forte aut sexuncium habere et largiri sicut voluerit, filiis ipsis aut cuilibet extraneorum, et natura primo curata competenter, sic ad extraneas largitates accedere.

krags des Pflichttheils die Rede ist, muß auf das Verhältniß zurückgegangen werden, in welchem der Pflichttheilberechtigte ohne das Testament zum Erblasser steht, in diesem Verhältniß erscheint der Enterbte noch nicht als Enterbter, sondern als Miterbender, und was der Pflichttheil da beträgt, muß er auch betragen, wenn nachher ein Testament gemacht, und darin ein oder mehrere Miterben gültig enterbt werden; denn der Betrag des Pflichttheils kann durch kein Testament verändert, weder erhöhet noch vermindert werden, und wenn vor Verfertigung des Testaments fünf Erben existirten, mithin der Pflichttheil die Hälfte des auf jeden fallenden fünften Theils war, so bleibt er es auch, wenn einer dieser Fünfen sich seines Erbrechts unwürdig gemacht hat und enterbt worden ist. — Gewissermassen sagt auch selbst die Novelle 18. cap. 1.[d]), daß blos die Zahl der Kinder, ohne Rücksicht, ob sie enterbt sind oder nicht, die Quote des Pflichttheils bestimmen soll. Wenn man also z. B. folgenden Fall annimmt: Der Testator hat fünf Söhne und ein Vermögen von 10,000 fl., davon enterbt er einen Sohn völlig und gültig, einen andern sezt er blos auf den Pflichttheil, und die drey übrigen als Universalerben ein, so würde hier in der In-

---

d) Siquidem unius est filii pater aut mater: aut duorum, vel trium vel quatuor, non triuncium — — sed tertiam — — si vero ultra quatuor habuerint filios, mediam — —

testatsuccession jeder 2000 fl. erhalten haben, und da es fünf Erben sind, so ist der Pflichttheil so viel als die Hälfte, mithin 1000 fl. diese muß der auf den Pflichtheil eingesezte Sohn bekommen; die übrigen 9000 fl. erhalten die andere drey zu Haupterben ernannte Brüder, mithin ein jeder einzelne 3000 fl.

Die zweite Frage: ob der Enterbte bey Bestimmung des Intestaterbtheils der einzelnen Erben mitgerechnet werden muß, würde eben so wie die vorhergehende schon nach der Natur der Sache bejahet werden müssen, aber diese Frage war auch schon vor der Novelle 18 praktisch, und daher hat Papinian [e]) dieselbe schon bejahend beantwortet, auch Paulus deutet auf die nämliche Meinung [f]).

§. 118.

Wenn eine ganze Klasse enterbt ist, so werden die Enterbten nicht mitgezählt.

Die im vorhergehenden Paragraph gegebene Entscheidung ist und bleibt im allgemeinen und als Regel richtig; allein ein besonderer Fall ist es, wenn der Erblasser alle seine Descendenten enterbt, so daß nun die Classe der Ascendenten oder Geschwister zum Pflichttheil berechtigt wird (§. 144.), werden auch hier die Ent-

---

e) L. 8. §. 8. D. de inoff. testam.

f) Arg. L. 17. pr. L. 19. D. de inoff. testam.

erbten mitgezählt? — Unmöglich, die Frage muß verneint werden; und doch scheint das dem vorhin aus der Natur der Sache hergeleiteten Grundsatz zu widersprechen. — Die Descendenten und Ascendenten stehen in Rücksicht der Intestaterbfolge in verschiedenen Classen, sie sind von Grund aus so abgetheilt, daß gar keine gesetzliche Norm existirt, wie beide zugleich die nämliche Erbschaft vertheilen könnten [a]), es bleibt also nur die Alternative: entweder erben Descendenten oder Ascendenten und Geschwister, beide zusammen vertragen sich nicht. Ist also die Classe der Descendenten gültig enterbt, so ist zwar die Classe der Ascendenten zum Pflichttheil berechtigt [b]), allein nun kann auch auf die Descendenten gar keine Rücksicht mehr genommen werden, die Ascendenten mit den vollbürtigen Geschwistern machen ein für sich bestehendes von der Classe der Descendenten ganz getrenntes und unabhängiges Ganze aus, diese hat auf jene gar keinen Einfluß, und in diesem Fall können die enterbten Descendenten nicht mitgezählt werden. So lange einzelne Glieder enterbt sind, werden sie in der nämlichen Classe, worin sie stehen, mitgezählt; so bald aber eine ganze Classe enterbt ist, kann man weder die Classe im Ganzen, noch ihre einzelnen Glieder aus denen sie besteht in Anschlag bringen, wenn man in der

---

a) Nov. 118. cap. 1. 2.

b) L. 14. D. de inoff. test.

folgenden Classe den Pflichttheil bestimmen will[c]). Das eben von den Classen der Descendenten und Ascendenten Gesagte trit auch zwischen den Classen der Descendenten und Halbgeschwistern oder der Ascendenten mit den vollbürtigen Geschwistern und den Halbgeschwistern ein. Dieß, wo eine ganze Classe gültig enterbt worden, ist also der einzige Fall, wo man in der Lehre vom Pflichttheil sagen kann: die Enterbten werden für todt gehalten.

Das am Ende des lezten Paragraphs angeführte Gesetz L. 8. §. 8. D. de inofficioso testamento hat schon so viele Schwierigkeiten bey der Erklärung gefunden, und so viel Streit veranlaßt[d]), daß ich auch meine Gedanken, jedoch blos als einen Versuch und zu näherer Prüfung von Andern, hier mittheilen will. Die Worte des Gesetzes heissen nämlich: Quoniam autem

---

c) Arg. Nov. 22. cap. 21.

d) Faber Rationalia ad Digest. ad L. 8. §. 8. de inofficioso testamento. Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. §. 13. van de Poll de exheredatione et praeteritione romana atque hodierna lib. singular. Ultrajecti 1712. cap. 65. §. 3. Cocceji jus civile controversum. L. 5. T. 2. qu. 18. Westphal von Testamenten §. 395. a. S. 280 ff. Bastineller an filius juste exheredatus in computanda legitima inter liberos connummerandus sit nec ne? §. 23.

autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: utputa, sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes; ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia; unum ex illis, semuncia querela excludit. Dieß Gesetz ist offenbar, so wie es vorliegt, verdorben, denn man kann keine Uebersetzung davon liefern die vollkommenen Sinn hat. Alle bisherige Erklärungen desselben sind nicht befriedigend, denn wenn z. B. Schrader e) behauptet: der eine von den exheredirt seyn sollenden Söhnen sey nur bis auf den Pflichttheil enterbt, so legt er dem Wort exheredatus im Mund des Ulpians einen Sinn bey, den man bey keinem andern römischen oder teutschen Rechtsgelehrten findet, und den man höchstens nur einem teutschen Nichtjuristen nachsehen kann, denn so bald einer den Pflichttheil hat, so ist er nicht exheredirt; die übrigen Erklärungen hat Schrader selbst hinreichend widerlegt. — So sehr ich ein Feind von allen Correcturen der Gesetze bin, so glaube ich doch hier eine

---

e) Schrader commentatio de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. §. 64.

möglichst geringe annehmen zu müssen, man lese nämlich: Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit: an exheredatus partem faciat (quo non queritur, utputa sumus duo filii exheredati)? et utique faciet, ut Papinianus respondit; proinde si dicam inofficiosum non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere; et si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus; unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit. Ulpian sagt: Unter Voraussetzung des Grundsatzes, daß derjenige, welcher die Quarte erhalten hat, die Querel nicht anstellen kann, fragt es sich, wie nun diese Quarte berechnet werde, ob dabey auch für den Enterbten (es versteht sich der Fall so, daß nicht alle beide Kinder enterbt sind, denn da ist die Sache nicht strittig) ein Theil berechnet werden müsse? und diese Frage beantwortet Papinian bejahend; wenn daher eins von den beiden Kindern, die der Testator hat, die Querel anstellen möchte, so darf es sich nicht darauf stützen, daß sein Bruder enterbt sey, mithin ihm die Quarte vom ganzen Vermögen gehöre, nein, der Intestaterbtheil des Enterbten wird erst abgerechnet, mithin hat das Kind, das queruliren will, nur einen Anspruch auf die Quarte von der Hälfte, und hat es diese, so kann es nicht mit der Querel durchkommen; eben diese Berechnungsart der

Quarte trit auch ein, wenn zwey Söhne gestorben sind, und der eine einen, der andere drey Enkel dem Testator hinterlassen hat, hier kann der einzige Enkel des einen Sohns auch nicht queruliren, wenn er nur die Quarte von der Hälfte, nämlich $1\frac{1}{2}$ Unzen hat, und einer von den drey Enkeln des andern Sohns kann nicht queruliren, wenn er nur die Quarte vom dritten Theil der andern Hälfte der Verlassenschaft, also eine halbe Unze hat. — Die Absicht bey diesem Gesetz war nämlich zu bestimmen: wie viel jemand erhalten haben müsse, um die Querel nicht mehr anstellen zu können, und insbesondere: wie die bestimmte Quantität, die Quarte, berechnet werden müsse, wenn einer von den Erben enterbt worden. Dieß wird in diesem Gesetz beantwortet, und durch einige Beispiele erläutert, die alle auf die angegebene Hauptabsicht abzwecken und auch alle dahin zurückgeführt werden, indem im Anfang und am Ende gesagt wird: ad excludendam querelam — querela excludit. — Daß das Gesetz, so wie es jezt in dem Gesetzbuch stehet, undeutlich, ja sinnlos und widersprechend sey, zeigen die verschiedenen Auslegungen von so vielen Rechtsgelehrten (Note d.) und man ist daher genöthigt, eine Wiederherstellung des ursprünglichen richtigen Textes zu versuchen; die von mir eben angegebene rechtfertiget sich wohl besonders dadurch, daß sie hauptsächlich nur die Interpunktion verändert, eine Emendation, die

sehr erlaubt ist [f]); das Gesetz erscheint darnach auch mit den andern deutlichen Gesetzen über den nämlichen Gegenstand in Harmonie, und alle Theile des quästionirten Gesetzes zielen auf die Hauptabsicht des Verfassers desselben.

Findet diese Emendation Beyfall, so folgt aus der Parenthese, worin Ulpian sagt, daß in dem Fall, wo beide Söhne, also die ganze Classe der Descendenten enterbt ist, kein Streit — oder wenn man statt queritur, quaeritur setzen will, keine Frage sey, eine neue Bestätigung dessen, was ich im Anfang dieses Paragraphen gesagt habe; es trit nämlich alsdann der Fall ein, wovon Papinian, der nämliche, auf den auch Ulpian in dem quästionirten Gesetz sich beruft, (ein neuer Grund für die Richtigkeit der Emendation) Lib. 5. Quaestionum [g]) redet, wo also der Enterbte nicht mitgezählt werden kann.

Diejenigen, welche behaupten, der Enterbte sey nicht mitzuzählen, stützten sich darauf, daß derselbe in mehreren Gesetzen den Todten gleich

---

f) P. J. A. Feuerbach Grundlinien zu einer Theorie der juridischen Kritik und Beantwortung der Frage: ist die Kritik dem Praktiker brauchbar? In seinen civilistischen Versuchen. 1ster Theil. Giessen 1803. No. 3. S. 91. ff.

g) L. 14. D. de inoff. testament.

gestellt werde[h]). Allein alle diese Stellen reden von fremden Gegenständen, von denen man nicht auf die Berechnung des Pflichttheils schliessen kann[i]), und überdas ist der Satz, daß der Enterbte den Todten gleich sey, selbst bey der bonorum possessio, wovon die gegenseitig angeführten Gesetze hauptsächlich reden, nur dann wahr, wenn man den Enterbten in Rücksicht seiner selbst betrachtet, er bekommt eben so wenig und hat eben so wenig Klagerecht, als wenn er todt wäre; aber in Rücksicht der Miterben ist er nicht als todt anzusehen, auf diese hat sein Leben sogar auch bey der bonorum possessio selbst noch Einfluß[k]).

§. 119.

Solche Personen, die unfähig sind in der Intestatsuccession zu erben, kommen bey Berechnung des Pflichttheils nicht in Betracht.

Da der Pflichtheil so viel als ein Theil derjenigen Portion ist, die der dazu Berechtigte er-

---

h) §. 3. Inst. de successione libertor. L. 1. §. penult. L. 8 pr. L. 10. §. 4. D. de bonor. possession. contra tab. L. 1. §. 5. D. de conjungend. cum emancipato liber.

i) Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten ꝛc. ꝛc. §. 395. Westenberg de legitima portione. Diff. 3. cap. 3. Cocceji Jus civil. controv. L. 5. T. 2. qu. 29.

k) L. 4. §. 1. D. de bonor. possess. contra tabulas.

testatsuccession jeder 2000 fl. erhalten haben, und da es fünf Erben sind, so ist der Pflichttheil so viel als die Hälfte, mithin 1000 fl. diese muß der auf den Pflichtheil eingesezte Sohn bekommen; die übrigen 9000 fl. erhalten die andere drey zu Haupterben ernannte Brüder, mithin ein jeder einzelne 3000 fl.

Die zweite Frage: ob der Enterbte bey Bestimmung des Intestaterbtheils der einzelnen Erben mitgerechnet werden muß, würde eben so wie die vorhergehende schon nach der Natur der Sache bejahet werden müssen, aber diese Frage war auch schon vor der Novelle 18 praktisch, und daher hat Papinian [e]) dieselbe schon bejahend beantwortet, auch Paulus deutet auf die nämliche Meinung [f]).

§. 118.

Wenn eine ganze Klasse enterbt ist, so werden die Enterbten nicht mitgezählt.

Die im vorhergehenden Paragraph gegebene Entscheidung ist und bleibt im allgemeinen und als Regel richtig; allein ein besonderer Fall ist es, wenn der Erblasser alle seine Descendenten enterbt, so daß nun die Classe der Ascendenten oder Geschwister zum Pflichttheil berechtigt wird (§. 144.), werden auch hier die Ent-

---

e) L. 8. §. 8. D. de inoff. testam.

f) Arg. L. 17. pr. L. 19. D. de inoff. testam.

erbten mitgezählt? — Unmöglich, die Frage muß verneint werden; und doch scheint das dem vorhin aus der Natur der Sache hergeleiteten Grundsatz zu widersprechen. — Die Descendenten und Ascendenten stehen in Rücksicht der Intestaterbfolge in verschiedenen Classen, sie sind von Grund aus so abgetheilt, daß gar keine gesetzliche Norm existirt, wie beide zugleich die nämliche Erbschaft vertheilen könnten [a]), es bleibt also nur die Alternative: entweder erben Descendenten oder Ascendenten und Geschwister, beide zusammen vertragen sich nicht. Ist also die Classe der Descendenten gültig enterbt, so ist zwar die Classe der Ascendenten zum Pflichttheil berechtigt [b]), allein nun kann auch auf die Descendenten gar keine Rücksicht mehr genommen werden, die Ascendenten mit den vollbürtigen Geschwistern machen ein für sich bestehendes von der Classe der Descendenten ganz getrenntes und unabhängiges Ganze aus, diese hat auf jene gar keinen Einfluß, und in diesem Fall können die enterbten Descendenten nicht mitgezählt werden. So lange einzelne Glieder enterbt sind, werden sie in der nämlichen Classe, worin sie stehen, mitgezählt; so bald aber eine ganze Classe enterbt ist, kann man weder die Classe im Ganzen, noch ihre einzelnen Glieder aus denen sie besteht in Anschlag bringen, wenn man in der

---

a) Nov. 118. cap. 1. 2.

b) L. 14. D. de inoff. test.

folgenden Classe den Pflichttheil bestimmen will[c]). Das eben von den Classen der Descendenten und Ascendenten Gesagte trit auch zwischen den Classen der Descendenten und Halbgeschwistern oder der Ascendenten mit den vollbürtigen Geschwistern und den Halbgeschwistern ein. Dieß, wo eine ganze Classe gültig enterbt worden, ist also der einzige Fall, wo man in der Lehre vom Pflichttheil sagen kann: die Enterbten werden für todt gehalten.

Das am Ende des lezten Paragraphs angeführte Gesetz L. 8. §. 8. D. de inofficioso testamento hat schon so viele Schwierigkeiten bey der Erklärung gefunden, und so viel Streit veranlaßt[d]), daß ich auch meine Gedanken, jedoch blos als einen Versuch und zu näherer Prüfung von Andern, hier mittheilen will. Die Worte des Gesetzes heissen nämlich: Quoniam autem

---

c) Arg. Nov. 22. cap. 21.

d) Faber Rationalia ad Digest. ad L. 8. §. 8. de inofficioso testamento. Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. §. 13. van de Poll de exheredatione et praeteritione romana atque hodierna lib. singular. Ultrajecti 1712. cap. 65. §. 3. Cocceji jus civile controversum. L. 5. T. 2. qu. 18. Westphal von Testamenten §. 395. a. S. 280 ff. Bastineller an filius juste exheredatus in computanda legitima inter liberos connummerandus sit nec ne? §. 23.

autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: utputa, sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes; ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia; unum ex illis, semuncia querela excludit. Dieß Gesetz ist offenbar, so wie es vorliegt, verdorben, denn man kann keine Uebersetzung davon liefern die vollkommenen Sinn hat. Alle bisherige Erklärungen desselben sind nicht befriedigend, denn wenn z. B. Schrader e) behauptet: der eine von den exheredirt seyn sollenden Söhnen sey nur bis auf den Pflichttheil enterbt, so legt er dem Wort exheredatus im Mund des Ulpians einen Sinn bey, den man bey keinem andern römischen oder teutschen Rechtsgelehrten findet, und den man höchstens nur einem teutschen Nichtjuristen nachsehen kann, denn so bald einer den Pflichttheil hat, so ist er nicht exheredirt; die übrigen Erklärungen hat Schrader selbst hinreichend widerlegt. — So sehr ich ein Feind von allen Correcturen der Gesetze bin, so glaube ich doch hier eine

---

e) Schrader commentatio de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. §. 64.

möglichst geringe annehmen zu müssen, man lese nämlich: Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit: an exheredatus partem faciat (quo non queritur, utputa sumus duo filii exheredati)? et utique faciet, ut Papinianus respondit; proinde si dicam inofficiosum non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere; et si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus; unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit. Ulpian sagt: Unter Voraussetzung des Grundsatzes, daß derjenige, welcher die Quarte erhalten hat, die Querel nicht anstellen kann, fragt es sich, wie nun diese Quarte berechnet werde, ob dabey auch für den Enterbten (es versteht sich der Fall so, daß nicht alle beide Kinder enterbt sind, denn da ist die Sache nicht strittig) ein Theil berechnet werden müsse? und diese Frage beantwortet Papinian bejahend; wenn daher eins von den beiden Kindern, die der Testator hat, die Querel anstellen möchte, so darf es sich nicht darauf stützen, daß sein Bruder enterbt sey, mithin ihm die Quarte vom ganzen Vermögen gehöre, nein, der Intestaterbtheil des Enterbten wird erst abgerechnet, mithin hat das Kind, das queruliren will, nur einen Anspruch auf die Quarte von der Hälfte, und hat es diese, so kann es nicht mit der Querel durchkommen; eben diese Berechnungsart der

Quarte trit auch ein, wenn zwey Söhne gestorben sind, und der eine einen, der andere drey Enkel dem Testator hinterlassen hat, hier kann der einzige Enkel des einen Sohns auch nicht queruliren, wenn er nur die Quarte von der Hälfte, nämlich $1\frac{1}{2}$ Unzen hat, und einer von den drey Enkeln des andern Sohns kann nicht queruliren, wenn er nur die Quarte vom dritten Theil der andern Hälfte der Verlassenschaft, also eine halbe Unze hat. — Die Absicht bey diesem Gesetz war nämlich zu bestimmen: wie viel jemand erhalten haben müsse, um die Querel nicht mehr anstellen zu können, und insbesondere: wie die bestimmte Quantität, die Quarte, berechnet werden müsse, wenn einer von den Erben enterbt worden. Dieß wird in diesem Gesetz beantwortet, und durch einige Beispiele erläutert, die alle auf die angegebene Hauptabsicht abzwecken und auch alle dahin zurückgeführt werden, indem im Anfang und am Ende gesagt wird: ad excludendam querelam — querela excludit. — Daß das Gesetz, so wie es jezt in dem Gesetzbuch stehet, undeutlich, ja sinnlos und widersprechend sey, zeigen die verschiedenen Auslegungen von so vielen Rechtsgelehrten (Note d.) und man ist daher genöthigt, eine Wiederherstellung des ursprünglichen richtigen Textes zu versuchen; die von mir eben angegebene rechtfertiget sich wohl besonders dadurch, daß sie hauptsächlich nur die Interpunktion verändert, eine Emendation, die

sehr erlaubt ist [f]); das Gesetz erscheint darnach auch mit den andern deutlichen Gesetzen über den nämlichen Gegenstand in Harmonie, und alle Theile des quästionirten Gesetzes zielen auf die Hauptabsicht des Verfassers desselben.

Findet diese Emendation Beyfall, so folgt aus der Parenthese, worin Ulpian sagt, daß in dem Fall, wo beide Söhne, also die ganze Classe der Descendenten enterbt ist, kein Streit — oder wenn man statt queritur, quaeritur setzen will, keine Frage sey, eine neue Bestätigung dessen, was ich im Anfang dieses Paragraphen gesagt habe; es trit nämlich alsdann der Fall ein, wovon Papinian, der nämliche, auf den auch Ulpian in dem quästionirten Gesetz sich beruft, (ein neuer Grund für die Richtigkeit der Emendation) Lib. 5. Quaestionum [g]) redet, wo also der Enterbte nicht mitgezählt werden kann.

Diejenigen, welche behaupten, der Enterbte sey nicht mitzuzählen, stützten sich darauf, daß derselbe in mehreren Gesetzen den Todten gleich

---

f) P. J. A. Feuerbach Grundlinien zu einer Theorie der juridischen Kritik und Beantwortung der Frage: ist die Kritik dem Praktiker brauchbar? In seinen civilistischen Versuchen. 1ster Theil. Giessen 1803. No. 3. S. 91. ff.

g) L. 14. D. de inoff. testament.

gestellt werde[h]). Allein alle diese Stellen reden von fremden Gegenständen, von denen man nicht auf die Berechnung des Pflichttheils schliessen kann[i]), und überdas ist der Satz, daß der Enterbte den Todten gleich sey, selbst bey der bonorum possessio, wovon die gegenseitig angeführten Gesetze hauptsächlich reden, nur dann wahr, wenn man den Enterbten in Rücksicht seiner selbst betrachtet, er bekommt eben so wenig und hat eben so wenig Klagerecht, als wenn er todt wäre; aber in Rücksicht der Miterben ist er nicht als todt anzusehen, auf diese hat sein Leben sogar auch bey der bonorum possessio selbst noch Einfluß[k]).

§. 119.

Solche Personen, die unfähig sind in der Intestatsuccession zu erben, kommen bey Berechnung des Pflichttheils nicht in Betracht.

Da der Pflichtheil so viel als ein Theil derjenigen Portion ist, die der dazu Berechtigte er-

---

h) §. 3. Inst. de successione libertor. L. 1. §. penult. L. 8 pr. L. 10. §. 4. D. de bonor. possession. contra tab. L. 1. §. 5. D. de conjungend. cum emancipato liber.

i) Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten ꝛc. ꝛc. §. 395. Westenberg de legitima portione. Diss. 3. cap. 3. Cocceji Jus civil. controv. L. 5. T. 2. qu. 29.

k) L. 4. §. 1. D. de bonor. possess. contra tabulas.

halten haben würde, wenn er und seine Classe in der Intestatsuccession zur Erbschaft gelangt wären (§. 86.), so folgt daraus, daß diejenigen, welche in der Intestatsuccession nicht miterben können, weil sie unfähig zum Erwerb der Erbschaft sind, auch bey Berechnung des Pflichttheils gar nicht in Betracht gezogen werden dürfen, sie sind bey der Succession als ganz Fremde anzusehen, ihr Recht in Rücksicht der Erbschaft ist durch das Gesetz völlig aufgehoben; und wenn das Band der natürlichen Verwandtschaft sie dem Erblasser oder Pflichttheilsberechtigten auch noch so nahe bringen sollte, so bestimmt doch das Gesetz, daß sie unfähig seyn sollen die Erbschaft zu erwerben, und eben so wenig, als sie bey Vertheilung der Intestatverlassenschaft im Ganzen berücksichtiget werden, eben so wenig können sie berücksichtiget werden, wenn ein geringerer Theil der Verlassenschaft bestimmt werden soll; sie kommen daher, wenn sie auch zur Intestatsuccessionsklasse des Pflichttheilsberechtigten gehören sollten, doch so wenig in die Rechnung wie jeder ganz Fremder, sie werden nicht gezählt, wann die Summe des Intestaterbtheils berechnet, und auch nicht, wann die Quote des Pflichttheils bestimmt wird.[a])

Ausser den Personen, die überhaupt keine Rechte und Verbindlichkeiten erwerben und über-

---

a) Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate.

nehmen können, sind insbesondere von den nahen, ihrer Verwandtschaft nach zum Pflichttheil berechtigten Personen, mehrere durch ausdrückliche Gesetze des Erwerbs einer bestimmten Erbschaft in der Intestatsuccession für unfähig erklärt worden. Dahin gehören z. B. das Kind, das einen seiner Ascendenten verhindert ein Testament zu machen, wenn lezterer stirbt ohne ein solches machen zu können[b]), das Kind, das seine rasenden Eltern vernachlässigt und darin fortfährt, ob es gleich von einem Andern zur Verpflegung aufgefordert worden ist, wenn nämlich dieser sich hernach des Rasenden angenommen und ihn verpflegt hat[c]), wenn ein Kind Ketzer wird[d]). Eben so auch die Eltern, die ihr Kind verhindern ein Testament zu machen[e]), oder die ihre rasenden Kinder vernachlässigen[f]); ferner gehören hierher,

---

b) L. 19. D. de his quae ut indignis conferuntur. L. 1. D. L. 2. Cod. si quis aliquem testari prohibuerit. Nov. 115. cap. 3. §. 9. — Diese Fälle können Einfluß haben, wenn ein älteres Testament existirt.

c) Nov. 115. cap. 3. §. 12.

d) L. 3. Cod. de apostatis. L. 4. 5. Cod. de haereticis. Nov. 115. cap. 3. §. 14. L. 1. Cod. de Judaeis.

e) Nov. 115. cap. 4 §. 4.

f) Nov. 115. cap. 4. §. 6.

der Bruder, der den andern ums Leben oder um sein ganzes Vermögen bringen, oder der ihn in eine peinliche Untersuchung verwickeln wollen g), und andere dergleichen Personen.

---

g) Nov. 22. cap. 47. praefat.

Dritter Abschnitt.

Von dem Betrag des Pflichttheils in besonderer Rücksicht auf das Vermögen, von dem derselbe genommen wird.

§. 120.

Allgemeiner Grundsatz.

Nachdem wir nun gesehen haben, welche Personen den Pflichttheil fordern können, wie viel derselbe nach seinen allgemeinen Bestimmungen als intellectueller Theil beträgt, und wie die Berechnung in Rücksicht der dabey vorkommenden Personen geschieht; so müssen wir nun untersuchen: wovon er gerechnet werden muß. — Im allgemeinen gilt hier der Satz: daß alles, was zum eigentlichen Vermögen des Erblassers gehört, bey Berechnung des Pflichttheils in Anschlag kommt [a]). Da der Pflichttheil so viel als ein Theil der Portion ist, die der dazu Berechtigte erhalten haben würde, wenn er in der Intestat-

a) Nov. 18. cap. 1. auth. Novissima L. 6. Cod. de inoffic. testam. Nov. 22. cap. 48. pr. in fin. Nov. 39. cap. 1. Nov. 92. cap. 1.

succession mit seiner Classe zur Erbschaft gelangt wäre (§. 86.), so müssen bey dessen Berechnung auch eben so wie in der Intestatsuccession alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers in Anschlag gebracht werden[b]).

§. 121.

Ueber die Collation des Pflichttheilsberechtigten.

Nach dem Grundsatz, daß der Pflichttheil so viel als ein Theil der Portion ist, die der Pflichttheilsberechtigte erhalten hätte, wenn in der Intestatsuccession ihm und seiner Classe die Erbschaft angefallen wäre, sollte man vermuthen, daß bey der Succession der Descendenten und der Berechnung des Pflichttheils derselben auch in Rücksicht der von dem Erblasser bey seinen Lebzeiten erhaltenen, und daher zur gemeinschaftlichen Erbschaft zu conferirenden Sachen, völlig gleiche Grundsätze wie bey der wirklichen Intestatsuccession eintreten müßten. Allein ein ganz deutliches Gesetz[a]) bestimmt die Regel:

---

b) L. 24. D. de verbor. significat. L. 62. D. de diversis regulis juris.

a) L. 20. pr. Cod. de collationibus.— Haec autem regula, ut omnia, quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferantur: minime e contrario tenebit, ut possit quis dicere etiam illa, quae conferuntur omnimodo in quartam partem his computari, qui ad inofficiosi querelam vocantur. Ea enim tantummodo ex his, quae

daß zwar alles, was nach besonderen und ausdrücklichen Gesetzen bey Berechnung des Pflichttheils zur Erbschaftsmasse conferirt werden muß, auch in der wirklichen Intestatsuccession conferirt werden soll; allein der Satz soll umgekehrt nicht gelten, man soll nicht sagen können: alles, was in der wirklichen Intestatsuccession conferirt wird, soll auch bey Berechnung des Pflichttheils conferirt werden; sondern zur Verbindlichkeit etwas, das der Pflichttheilsberechtigte vom Erblasser während seiner Lebzeiten erhalten hat, bey Berechnung des Pflichttheils conferiren zu müssen, wird ein specielles Gesetz für das, was conferirt werden soll, erfordert.[b]). Einige[c]) sind zwar gegentheiliger Meinung und glauben, daß die Collation des auf den Pflichttheil Eingesezten immer gleichen Schritt mit der Collation in der wirklichen Intestatsuccession gehe, allein ihr Argument von der L. 29. Cod. de inoff. testam. ist äusserst unerheblich, denn in diesem Gesetz wird nicht die Collation zu der Intestaterbschaft derjenigen zum Pflichttheil gleich gestellt, son-

---

conferuntur, memoratae portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est.

b) Westenberg de portione legitima. Diff. 3. cap. 6. §. 3. 4. 5. Westphal von Testamenten. §. 397. b.

c) Berger Oeconom. jur. L. 2. Tit. 4. §. 16. not. 5. Hellfeld jurisprud. forensis secundum ord. Pandect. §. 548.

dern nur gesagt: daß so wie die Schenkung wegen der Ehe nach dem Beyspiele des Heurathsguts in der Intestatsuccession conferirt wird, so soll sie auch bey der Collation zum Pflichttheil eben so wie das Heurathsgut gehalten und conferirt werden; dieß ist also nur eine völlige Gleichstellung der Schenkung wegen der Ehe und des Heurathsguts in Rücksicht der Collation zum Pflichttheil, eine blos specielle Verordnung, welche die Regel der L. 20. pr. Cod. de collation. eher bestärkt als aufhebt.

Hierbey kann nun die Frage entstehen: wenn mehrere Descendenten des Erblassers existiren, von denen der eine auf den Pflichttheil, der oder die andere aber auf die übrige Erbschaft eingesezt sind, und sowohl der blosse Pflichttheilsberechtigte als auch die anderen während des Erblassers Leben gewisse Sachen auf eine solche Art bekommen haben, worüber kein specielles Gesetz die Collation bey der Pflichttheilsberechnung erfordert, die aber bey der wirklichen Intestatsuccession conferirt werden; müssen dann die Sachen, welche die Haupterben auf solche Art bekommen haben, zu der Masse gezogen werden, von welcher der Pflichttheil gerechnet wird, und ist blos der Pflichttheilsberechtigte von der Collation solcher Sachen frey, oder sind auch die Haupterben davon befreyt? — Das angeführte Gesetz redet zwar bey Festsetzung der obigen Regel nur von den Pflichttheilsberechtigten, allein ich glaube, daß alsdann auch die einge-

sezten Haupterben von der Collation befreyt sind, und daß die Sachen, die sie auf solche Art erhalten haben, nicht zu der Masse gerechnet werden können, von welcher der Pflichttheil bestimmt wird. Denn gleich nach Festsetzung obiger Regel noch in der nämlichen Verordnung[d]) sezt Justinian voraus, daß eine vom Vater dem Kinde gemachte einfache Schenkung zum Pflichttheil nicht, wohl aber ein gegebenes Heurathsgut dazu conferirt wird, und verordnet: wenn dem einen Kind ein Heurathsgut, dem andern aber eine einfache Schenkung gegeben worden, so sollen ohne allen Unterschied, ob das blos zum Pflichttheil berechtigte oder das andere zum Erben des übrigen Vermögens eingesezte Kind das Heurathsgut oder die einfache Schenkung erhalten habe, beide das conferiren, was jedem zu Theil geworden war, denn es würde ungerecht seyn, wenn ein Kind sich durch den blossen Titel, unter dem es etwas vom Erblasser erhielt, von der Collation frey machen wollte, während ein anderes Kind, das seine Gabe nur unter einem andern Titel bekommen hat, zur Collation verbunden und daher gegen das erstere beeinträchtigt wäre. In diesem lezten bestimmt entschiedenen Fall treffen zwar an sich befreyte und nicht befreyte Sachen zusammen, allein da nach dieser Entscheidung selbst der Pflichttheilsberechtigte genöthigt ist, seine sonst freye einfache Schenkung alsdann zu conferiren,

---

d) L. 20. §. 1. Cod. de Collation.

wenn der eingesetzte Erbe sein Heurathsgut conferiren soll, damit beide einander gleich gestellt werden; so halte ich aus gleichem Grunde dafür, daß wenn beide Personen unter solchen Titeln etwas erwerben, die zur Collation bey Berechnung des Pflichttheils nicht verbinden, diese Befreyung auch dem zu statten komme, der das, was er erhielt, in der wirklichen Intestatsuccession hätte conferiren müssen.

Aus der zulezt angeführten Stelle ergiebt es sich nun auch, daß die festgesezte Regel wegen der Collation dem Pflichttheilsberechtigten nur alsdann nützen kann, wenn er blos mit solchen Erben zusammentrift, welche selbst nichts zu conferiren verbunden sind, denn sobald er verlangt, daß der eingesezte Erbe etwas conferire, so muß auch er alles conferiren, was in der Intestatsuccession hätte conferirt werden müssen, wenn auch gleich kein specielles Gesetz vorhanden ist, das ihn zur Collation beym Pflichttheil verbindet.

§. 122.

Das Heurathsgut der Descendentin wird bey der Pflichttheilsberechnung conferirt.

Da nach dem vorhergehenden Paragraphe der Pflichttheilsberechtigte bey der Berechnung seines Pflichttheils nicht alles zur Masse conferirt, was bey der Intestatsuccession conferirt werden muß, so ist es nöthig die Gegenstände aufzusuchen, die nach einer besondern gesetzlichen Bestimmung auch bey der Berechnung des Pflichttheils con-

ferirt werden; und dabey kommt dann das den Descendenten gegebene Heurathsgut zuerst zur Sprache. — Das Heurathsgut wurde ehemals angesehen, als ob es nicht gerade der Tochter, sondern als ob es deren Mann gegeben wäre, und da nicht diesem, sondern der Tochter der Pflichttheil gebührte, so brauchte dieselbe auch nichts zu conferiren, was nicht sie, sondern ihr Mann erhalten hatte, und so war in vorigen Zeiten das der Tochter gegebene Heurathsgut der Collation bey der Pflichttheilsberechnung nicht unterworfen [a]). Indessen wurde diese Ansicht durch eine auch in den Justinianischen Codex aufgenommene Verordnung des Kaisers Zeno vom Jahr 479 [b]) geändert, und verordnet, daß die weiblichen Descendenten das Heurathsgut, das sie von ihren Eltern, Groß- oder Urgroßeltern, männlichen oder weiblichen Geschlechts, empfangen haben, bey der Berechnung des Pflichttheils conferiren und sich dabey anrechnen lassen sollen, wenn sie diesen von der Verlassenschaft eben desjenigen Ascendenten verlangen, der ihnen das Heurathsgut selbst gegeben hat [c]).

---

a) Cod. Gregorian. L. 2. T. 5. const. 1. 2.

b) L. 29. Cod. de inoff. test.

c) L. 20. §. 1. Cod. de collation. Nov. 39. cap. 1. Struv Syntagma jur. civ. Exercit. 10. thes. 35. Westenberg a. a. O. Diss. 3. cap. 6. §. 6. Westphal a. a. O. §. 392. b. Berger Oeconom. jur. L. 2. T. 4. §. 16. not. 5. I. H. Lilien Diss. de legitima. Erford. 1792. §. 12.

§. 123.

Die Schenkung wegen der Ehe wird conferirt.

Die Schenkung wegen der Ehe (donatio propter nuptias), welche gewöhnlich dasjenige ist, was die Eltern ihren Söhnen oder Descendenten männlichen Geschlechts geben, damit dieselben es der Frau zur Wiederlage für das in die Ehe eingebrachte Heurathsgut constituiren; diese Schenkung ist dem Heurathsgut völlig gleichgestellt, und derjenige, der dazu etwas von seinen Ascendenten erhalten hat, muß solches conferiren, wenn von Bestimmung des Pflichttheilsquantums die Rede ist [a]).

§. 124.

Dasjenige, was der Ascendent zum Ankauf einer Bedienung hergegeben hat, wird conferirt.

Wenn der Ascendent seinem Descendenten eine Bedienung erkauft, von der er einen Gehalt und Besoldung zieht, und von der seine Erben nach seinem Tod noch eine gewisse Entschädigung erhalten, oder die sie wieder anderweit verkauffen können, so soll dasjenige, was der Ascendent dazu hergegeben hat, in so fern, als der Descendent zur Zeit, wo der Ascendent starb, dadurch reicher geworden ist, bey Bestimmung des Pflichttheils zur Verlassenschaftsmasse conferirt werden. Nur die römischen Silentiarien, welche

---

a) L. 29. Cod. de inoff. testam. L. 20. §. 1. Cod. de collat. Nov. 39. cap. 1.

welche die kaiserlichen Geheimenräthe waren, und für die Ruhe in der Residenz sorgen mußten, waren befreit von der Verbindlichkeit dasjenige bey der Berechnung des Pflichttheils zu conferiren, was von ihren Ascendenten zum Ankauf ihrer Stelle verwendet worden war; keine andere Person aber konnte sich auf dieses Privilegium beruffen [a]).

§. 125.

In wie fern werden einfache Schenkungen eines Ascendenten conferirt?

Wenn ein Ascendent einem Descendenten etwas unter den Lebendigen geschenkt hat, und lezterer von dem Vermögen des erstern den Pflichttheil haben will, so braucht er die ihm geschehene Schenkung der Regel nach nicht zu conferiren [aa]). Nur als Ausnahme von der Regel ist er unter zwey Umständen zur Collation seiner erhaltenen Schenkung verbunden, nämlich

---

a) L. 30. §. 2. Cod. de inoff. test. Zepernick Historia juris civilis de legitima portione parentum §. 25. pag. 45. Westenberg a. a. O. Diss. 3. cap. 6. §. 7. Westphal von Testamenten. §. 393. b. Manz de testamento valido et invalido. Tit. 12. qu. 41. §. 36. ff.

aa) L. 20. §. 1. Cod. de collat. L. 18. pr. Cod. familiae herciscund. Hommel Rhapsod. obs. 362. 602. Berger Oeconom. jur. Lib. 2. Tit. 4. §. 16. not. 5.

1) Wenn der Schenkende zu der Zeit, wo er die Schenkung machte, auch zugleich erklärte, daß dieselbe bey dereinstiger Berechnung des Pflichttheils wieder conferirt werden soll [b]); und

2) wenn der Beschenkte verlangt, daß der eingesezte Haupterbe sein erhaltenes Heurathsgut oder seine wegen der Ehe erhaltene Schenkung zur Masse conferiren soll, von der er seinen Pflichttheil berechnet haben will [c]). — In diesen beiden Fällen muß zwar die einfache Schenkung zur Erbschaftsmasse conferirt werden, ausser dem aber findet diese Verbindlichkeit zur Collation nicht statt [d]).

§. 126.

Dasjenige, was der Pflichttheilsberechtigte dem Erblasser durch besondere Verträge schuldig ist, muß zur Masse gerechnet werden.

Wenn ein Pflichttheilsberechtigter mit dem Erblasser besondere Verträge abgeschlossen und

---

b) L. 25. pr. D. de inoff. testam. L. 35. §. 2. Cod. eod. L. 20. §. 1. Cod. de collation. Struv syntagma jur. civil. Exercit. 10. thes. 35. Westenberg a. a. O. §. 6.

c) L. 20. §. 1. Cod. de collation.

d) §. 6. Inst. de inoff. test. L. 20. §. 1. Cod. de collat. Lilien Diss. de legitima. §. 11. Berger Oeconom. jur. L. 2. T. 4. §. 16. not. 5. Westphal a. a. O. §. 394. b. ff.

dadurch Verbindlichkeiten übernommen hat, so müssen dieselben nach der Natur aller Verträge auch gegen die Erben erfüllt werden [a]). Ist daher der Pflichtheilsberechtigte Kraft eines besondern Geschäfts oder Vertrags etwas an den Erblasser schuldig, so muß diese Verbindlichkeit auch zur Verlassenschaftsmasse geschlagen werden, von der dann das Pflichttheilsquantum berechnet wird; dieß ist aber der Pflichttheilsberechtigte nicht als solcher, nicht als Verwandter, sondern als Contrahent beizutragen verbunden.

§. 127.

Sind Descendenten noch etwas anderes zu conferiren verbunden?

Die in den Paragraphen 122. 123. 124. 125. angeführten Gegenstände, sind durch besondere gesezliche Verordnungen der Verbindlichkeit einer Collation zur Verlassenschaftsmasse, wenn davon der Pflichttheil berechnet werden soll, unterworfen, und die im §. 126. erwähnten Vertragspflichten führen diese Verbindlichkeit ihrer Natur nach mit sich, ausser diesem aber braucht auch der Notherbe durchaus nichts zur Masse zu conferiren, wenn er blos den Pflicht-

---

a) L. 1. pr. D. de pactis L. 7. §. 7 et 8. D. eod.
L. 13. Cod. de contrahend. et committ. stipulat.
L. 35. §. 2. Cod. de inoff. testam.

theil berechnen will [a]). Demohnerachtet führen andere Rechtsgelehrte noch eine Menge anderer Gegenstände an, von denen sie irrig behaupten, daß die Descendenten solche conferiren müßten; dahin gehören z. B. das peculium profectitium [b]), die Alimenten, welche die Eltern den Kindern reichen [c]), das peculium adventitium castrense und quasi castrense [d]), dasjenige was die Kinder sich selbst verdienen [e]), Studierkosten und die Kosten wegen Promotion zur Licentiat- und Doctor-Würde [f]).

---

a) L. 20. Cod. de collation.

b) Westenberg de legitima portione liberis, parentibus et fratribus relinquenda. Diss. 3. cap. 6. §. 10. Doch glaubt es sey der Collation unterworfen. Manz de testam. valido et inval. T. 12. qu. 41. §. 10. 12.

c) L. 3 4. Cod. de alend. liber. L. 5 pr. §. 1. 10. D. de agnoscend. vel. alend. liber. Stryck successio ab intestato Diss. 2. cap 4. §. 10.

d) L. 1. §. 15. D. de collat. L. 21. Cod. de collat. L. 36. pr. L. 37. Cod. de inoff. testam. L. 1. 2. 3. Cod. de castrensi peculio. L. II. D. eod.

e) L. 36. pr. Cod. de inoff. test. L. 21. Cod. de collat. L. 4. Cod. de advocatis diversor. judicior. L. 1. §. 15. D. de collat. §. 5. Inst. per quas personas.

f) L. 20. §. 6. L. 50. D. famil. erciscundae. L. 1. §. 16. D. de collation. Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 411. med. 3. ff. Carpzov P. 3. const. 11, def. 17. 18. Cocceji Jus civile

Die Kosten des Hochzeitmahls [g]), das Lösegeld, um den Sohn aus der Gefangenschaft loszukaufen [h]), und andere dergleichen Gegenstände [i]), die aber nach dem, was ich oben ausgeführt habe, gar nicht einmal eine Erwähnung verdienen.

§. 128.

Bey Ascendenten und Collateralen fällt die Collation ganz weg.

Ascendenten und Collateralen sind nach der gemeinen Erbfolge niemals verbunden, etwas, das sie unter den Lebendigen vom Erblasser erhalten haben, zur Verlassenschaft desselben wieder zu conferiren, wenn sie solche mit den Miterben vertheilen [a]), und noch weniger sind sie

---

controvers. L. 5. T. 2. qu. 34. Wernher T. 1. P. 2. obs. 424. I. T. Baum sub praes. I. A. Hofmann Diss. de sumtibus studiorum in legitimam non imputandis. Marburgi. 1790. Uhle Diss. de sumtibus a patre ad dignitatem doctoralem consequendam datis, non conferendis.

g) Leyser Spec. 414. med. 3.

h) L. 17. Cod. de postlimin. revers. Carpzov P. 3. const. 11. Def. 25.

i) Cramer observat. jur. univers. T. 1. obs. 46. Horn sentent. et resp. clas. 7. resp. 36. Lilien Diss. de legitima. §. 12.

a) L. ult. Cod. communia utriusque judicii. L. 1. pr. et §. 5. D. de collat. bonor. L. 17. 19. Cod. de collat.

zur Collation verbunden, wenn sie nur den Pflichttheil aus der Verlassenschaft erhalten, denn es existirt kein Gesetz, das sie zu einer solchen Collation verpflichtete, und die L. 20. pr. Cod. de collation. findet daher volle Anwendung. Sollten aber Ascendenten und Collateralen durch einen besondern Vertrag und Geschäft eine Verbindlichkeit gegen den Erblasser haben, so geht solche ihrer Natur nach auch auf die gesammten Erben desselben über, und die blose Qualität eines Pflichttheilsberechtigten befreyt ihn nicht von deren Erfüllung, sondern sie wird zur Erbschaftsmasse gezogen (§. 126).

§. 129.

Die inofficiösen Schenkungen des Erblassers werden zu dem Vermögen gerechnet.

Wenn jemand, der zum Pflichttheil berechtigte Anverwandte hat, eine beträchtliche Schenkung unter den Lebendigen gemacht hat, und demnächst für einen Notherben der Pflichttheil berechnet werden soll, so werden die verschenkten Güter alle wieder zum Vermögen des Erblassers geschlagen und davon die Summe des Pflichttheils bestimmt [a]). Z. B. Ein Vater

---

a) Nov. 92. cap. 1. auth. unde et Cod. de inoff. testam. L. 1. 2. 5. 6. 7. 8. pr. Cod. de inoff. donat. Lauterbach Diss. de querela inoff. donationis. Tubingae 1655. Friese Diss. de querela inof-

von fünf Kindern hatte ein Vermögen von 20,000 fl., und verschenkt davon unter den Lebendigen 8,000 fl., in seinem Testament sezt er eins seiner Kinder auf den Pflichttheil zum Erben ein, und nun entsteht die Frage: wie viel dieser beträgt, da nur noch 12,000 fl. vorhanden sind? Hier werden die verschenkten 8000 fl. zu den noch vorhandenen 12000 fl. gezogen, welche zusammen wieder die Summe von 20000 fl. ausmachen, hieran hätte das Intestaterbtheil des Kinds 4000 fl. betragen, und der Pflichttheil so viel als die Hälfte davon, also 2000 fl., diese muß das auf den Pflichttheil gesezte Kind bekommen. Es entsteht dadurch ein grosser Vortheil für den Pflichttheilsberechtigten, da ohne die Zurechnung der verschenkten 8000 fl., der Pflichttheil nur 1200 fl. betragen hätte. —

Diese Zurechnung der auf inofficiöse Art verschenkten Güter findet statt ohne allen Unterschied, wer der Beschenkte ist; der Erblasser mag einen Descendenten, einen Ascendenten, einen Bruder, oder irgend jemand ganz Fremden beschenkt haben, so muß die Schenkung in jedem Fall wieder zum Vermögen gerechnet werden, wenn der Pflichttheil für einen Noth-

---

ficiosae donationis. Ienae 1715. Lynck Diss. de querela inofficiosae donationis. Argentor. 1738. Vennius Quaest. jur. L. 2. cap. 33. Thomasius Diss. de legitima viventis.

erben bestimmt wird [b]); eben so wenig kommt es auf die Person des Notherben an, er sey Kind, Vater oder Bruder, so muß doch die inofficiose Schenkung bey Bestimmung seines Pflichttheilsquantums wieder zum Vermögen gerechnet werden [c]); auch wenn der Erblasser ohne Testament, ab intestato, starb und die Summe des Pflichttheils zur Sprache kommt, so müssen die inofficiös verschenkten Güter ebenfalls zur Masse gerechnet und daraus der Pflichttheil bestimmt werden [d]); und daß die Schenkung zwischen Ehegatten geschehen, begründet eben so wenig eine Veränderung des Grundsatzes [e]). — Wie viel die Schenkung betragen muß, damit sie als inofficiös angesehen werden kann, ist nirgends bestimmt entschieden, sondern die Gesetze erfordern eine unmäßige Schenkung ohne einen weiteren Maasstab anzugeben, die Sache muß also der Beurtheilung des Richters überlassen bleiben [f]).

---

b) L. 1. Cod. de inoff. donation.

c) L. 4. Cod. de inoff. donat.

d) L. 3. Cod. eod.

e) L. 8. §. 1. Cod. de inoff. donat. Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten, deren Erlasser und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. §. 415. ff.

f) Siehe die Note a. angeführte Gesetze.

§. 130.

Ein gegebenes übermäßiges Heurathsgut wird bey Bestimmung des Pflichttheils zum Vermögen gerechnet.

Wenn die Eltern einem Kind oder einer fremden Person ein übermäßiges Heurathsgut mitgegeben haben, so kann dieß nicht zum Nachtheil der übrigen Kinder geschehen, sondern wenn von Bestimmung der Summe des Pflichtheils eines Descendenten die Rede ist, so muß die unmäßige Dotation, die eins von den Kindern oder eine Fremde erhalten, wieder zum Vermögen des Erblassers gerechnet, und dann vom Ganzen der Pflichttheil bestimmt werden; selbst die Erklärung des Erblassers, daß ein solches von ihm gereichtes Heurathsgut nicht conferirt werden soll, kann dem Pflichttheilsberechtigten nicht nachtheilig seyn. Diese Verordnung richtet sich ganz nach den Vorschriften über eine inofficiöse Schenkung, und es finden daher die im vorhergehenden Paragraphen berührte Bestimmungen hier ebenwohl statt [a]).

§. 131.

Das durch andere inofficiöse Verträge und Handlungen des Erblassers abgekommene Vermögen wird bey Berechnung des Pflichttheils wieder angerechnet.

Ausser den beiden angegebenen Fällen, wo eine blosse Freygebigkeit zum Grund liegt, kann

---

a) l.. un. Cod. de inofficiosis dotibus. Nov. 39. cap. 1.

es auch geschehen, daß ein Erblasser zwar einen onerösen Contrakt, oder eine sonstige onerose Handlung vornimmt, dabey aber betrügerischer Weise sein Vermögen in der Absicht verringert [a]), damit seine pflichttheilsberechtigte Verwandten den Pflichttheil nicht mehr von seinem eigentlich gehabten Vermögen erhalten können, und dergleichen zu Umgehung der positiven gesezlichen Bestimmungen eingegangene Verträge sind in so fern, als sie zur Beeinträchtigung des Pflichttheilsberechtigten gereichen, ungültig [b]). Wenn daher jemand z. B. in der angegebenen Absicht einen für ihn gerechten Proceß gern verloren gehen läßt [c]) oder einen sehr nachtheiligen Vergleich eingeht [d]), wenn er Sachen von seinem Vermögen, um einen zu geringen Werth verkauft, vertauscht [e]), oder um einen zu hohen Preis einkauft [f]), u. s. w., so muß dasjenige, was derselbe von seinem Vermögen hat abkommen lassen, wieder dazu gerechnet werden, wenn der Pflichttheil bestimmt wird; doch

---

a) Arg. L. 1. §. 1. 6. D. si quid in fraudem patroni.

b) Arg. L. 1. pr. et §. 1. D. eod. Claproth Abhandlung von Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen. Göttingen 1797. §. 55. S. 217. ff.

c) L. 1. §. 7. D. si quid in fraudem patroni.

d) L. 1. §. 9. D. eod.

e) L. 1. §. 12. D. eod.

f) L. 1. §. 13. D. eod.

darf nicht geradezu alles, was er in dergleichen Verträgen hingegeben hat, zum Vermögen zugerechnet werden, sondern dasjenige, was der Mitcontrahent in dem oneröſen Vertrag an ihn gegeben hat, muß nach dem wahren Werth angeſchlagen und von ſeinen Aufopferungen abgezogen werden, denn der Erſatz dafür befindet ſich ſchon in der Verlaſſenſchaftsmaſſe.

§. 132.

Von der den berathenen Kindern gegebenen Abfindung.

Wenn Eltern einen Theil ihrer Kinder abgefunden haben (§. 100.), und die Abfindungsſumme den wahren auf das abgefundene Kind fallenden Inteſtaterbtheil beträchtlich überſteigt, ſo daß dadurch die Pflichttheilsſumme der übrigen, wenn ſie nach der Zahl der noch unberathenen Kinder, von dem, nach Abzug der Abfindungsſumme, noch übrigen Vermögen berechnet wird, geringer ausfällt, als wenn man die Abfindungsſumme zu dem noch vorhandenen Vermögen und dann nach der Zahl aller Kinder, mit Einſchluß des abgefundenen, den Inteſtaterbtheil und die Summe des Pflichttheils berechnet; ſo kommt es darauf an, ob die Grundſätze von inofficiöſen Schenkungen, inofficiöſem Heurathsgut oder ſonſtigen Beeinträchtigungen des Pflichttheils (§. 129. 130. 131. 171. 172. 173.) eintreten; und findet ſich dieß, ſo muß die Summe des Pflichttheils, auf die leztere Art berechnet, und dem Pflichttheilsberechtigten zugeſtellt werden. Daß

aber dasjenige, was alsdann der Pflichttheil mehr beträgt, der Regel nach blos von dem Haupterben verabreicht, und nur dann von dem abgesonderten Kind herausgegeben werden muß, wenn es so viel erhalten hat, daß dadurch die Summe des Pflichttheils der übrigen nicht einmal mehr übrig geblieben ist, das folgt aus der Natur des Absonderungsvertrags und aus der Analogie der in den angeführten Paragraphen aufgestellten Grundsätze.

§. 133.

Werden Lehngüter zu dem Vermögen gezählt, von dem der Pflichttheil berechnet wird?

Wenn ein Erblasser, welcher pflichttheilsberechtigte Erben hinterläßt, Lehngüter besizt, so entsteht die Frage: ob diese auch dergestalt zu seinem Vermögen gehören, daß sie angeschlagen werden müssen, wenn der Pflichttheil für einen Notherben berechnet werden soll, so daß die Lehngüter oder deren Werth das Vermögen, und dadurch auch den davon zu berechnenden Pflichttheil vergrössern?

Diese Frage kann blos nach den bey Lehnen geltenden Grundsätzen vom Successionsrecht entschieden werden; so wie sich nun die Lehnsfolge überhaupt in die gemeine und besondere theilt[a]), so müssen auch wir vorzüglich dar-

---

a) Gabr. Schweder Diss. de successione feudali.

auf Rücksicht nehmen. Das gemeine Lehnsfolgrecht ist von dem gemeinen bürgerlichen Successionsrecht durchaus verschieden[b]); denn alle Lehnsfolger verdanken ihr Successionsrecht blos dem ersten Erwerber, nie dem ersten Besitzer[c]), in so fern also ein Lehnsfolger ein Recht aus der Investitur des ersten Erwerbers herleitet, in so fern kann auch der lezte Besitzer ihm nichts davon entziehen, welches aber bey dem bürgerlichen Successionsrecht sich ganz anders verhält, indem bey dieser das Successionsrecht jedesmal vom lezten Besitzer hergeleitet werden muß. Nach den Lehnsgesetzen ist auch vielen Personen das Successionsrecht ganz entzogen, die in der bürgerlichen oder Allodialsuccession erbfähig sind[d]); und die Succession in Lehngüter ist keine Universalerbfolge, sondern eine besondere, die in den Lehnsgesetzen ihre eigene Bestimmung erhalten hat und von der Allodialerbfolge ganz unabhängig ist. So lange daher nach Lehnsgesetzen succedirt wird (feuda ratione successionis propria), so lange hat kein Successor ein anderes Recht als

---

b) de Hagemann Diss. de legitimae successionis feudalis ratione et fundamento. in Zepernick analect. juris feudalis. T. 1. no. 77.

c) I. F. 14. §. 1. II. F. 31. Pütter Beyträge. Th. 2. obs. 37. Schweder a. a. O. §. 1. 2.

d) II. F. 26. §. 8. 11. I. F. 1. §. 2. I. F. 8. II. F. 11. pr. II. F. 31. Horn Jurisprudent. feudal. cap. 15. §. 1 bis 4.

dasjenige, das ihm in der Investitur des ersten Erwerbers gegeben ist; dieß Recht muß ihm auch ganz zu Theil werden, und nicht blos ein Pflichttheil davon; auf das Allodialvermögen des lezten Besitzers erhält aber der Lehnsfolger durchaus kein Recht, beide Successionen sind ganz verschieden und getrennt, und der Allodialerbe hat als solcher durchaus kein Recht auf das Lehn, daher auch diejenigen Lehngüter, in welche nach den Grundsätzen des Lehnrechts succedirt wird, zu dem Vermögen nicht gezogen werden können, von dem der Pflichttheil berechnet wird[e]). — Indessen gehört die Beobachtung der lehnsgesetzmässigen Succession nicht zu den Essentialien, sondern zu den Naturalien der Lehne, und sie leidet deswegen mancherley Veränderungen, und namentlich findet bey wahren Lehnen doch die Allodialerbfolge zuweilen statt[f]). Dieß kann nun so weit gehen, daß die Lehnsfolge gänzlich abgeschaft und die völlige bürgerliche Succession eingeführt ist (feudum hereditarium merum), oder daß nicht alle, sondern nur einige Lehnssuccessionsgrundsätze abgeschaft sind und nur in gewissen Rücksichten die gemeine bürgerliche Succession

---

e) Lilien Diss. de legitima §. 10. P. Müller de debito bonorum subsidio. cap. 5. §. 10. Rosenthal de feudis. cap. 7. concluf. 13. n. 9. Schrader de feudis. P. 7. cap. 5. n. 46. Carpzov P. 3. Const. 9. def. 28.

f) I. F. 8. §. 2. I. F. 14. II. F. 50.

eingeführt ist (feudum hereditarium mixtum). Bey jenen Lehen, bey welchen blos bürgerliche Succession nach allen ihren Theilen gilt, müssen auch die Grundsätze derselben in Rücksicht des Pflichttheils eintreten, und die Lehngüter müssen daher ebenfalls zu dem Vermögen gezählt werden, wovon der Pflichttheil berechnet wird. g) — Bey den Lehen, wobey die Grundsätze der Lehns- und bürgerlichen Erbfolge vermischt gelten h), läßt sich die Entscheidung nicht im allgemeinen geben, sondern es kommt darauf an, ob gerade in Rücksicht des Pflichttheils die bürgerliche Succession eingeführt ist, alsdann kommen sie auch in Rechnung und zu dem Vermögen, von dem der Pflichttheil bestimmt wird; gilt aber die bürgerliche Succession bey dem Lehngut nur in anderer Rücksicht und nicht bestimmt auch bey dem Pflichttheil, so muß nach dem Grundsatz, daß die Naturalien immer und so lange bis das Gegentheil evident erwiesen ist, präsumiret werden i), auch hierbey für die Lehnsfolge vermuthet werden und die Lehngüter können daher nicht zu dem Vermögen gerechnet werden k).

---

g) Carpzov P. 3. Const. 9. def. 28. Struv Syntagma juris feudalis. cap. 4. thes. 13. Lilien a. a. O. §. 10. P. Müller a. a. O. cap. 5. § 11.

h) Henr. Cocceji Diss. de feudo hereditario mixto.

i) II. F. 26. §. 23.

k) Struv a. a. O. P. Müller a. a. O. Chifletus de legitima. cap. 12.

Das bisher Gesagte gilt jedoch nur von der lehnbaren Substanz selbst, denn andere Gegenstände, die zwar auch bey Lehen vorkommen, die aber nicht selbst dem Lehnsnexus unterworfen, sondern allodial sind, diese können auch vom Pflichttheil nicht ausgeschieden, sondern müssen eben so wie alles andere Allodium in Rechnung gebracht werden. Dahin gehören z. B. die Früchte und Nutzungen, die aus dem Lehn gezogen werden, und die Meliorationen, die der Vasall darauf verwendet hat[l]), das Geld, das der Vasall zum Ankauf eines Lehns verwendet[m]), der Erlös aus einem verkauften Lehn[n]), Lehngeld und Lehnstaxe, welche der Vasall dem Lehnsherrn und dessen Officialen für die Belehnung bezah-

---

l) II. F. 28. §. 1. 2. Schweder de fructibus feudi. Stryck sub legato frugum et mobilium in feudo repertorum non venit frumentum satum. Zepernick analect. jur. feudal. T. 2. no. 40. A. F. Treutlenburg Diss. de jure fructuum in separatione allodii a feudo. Püttmann Observationes juris feudalis. cap. 26.

m) II. F. 25. Leyser Meditat. ad Pandect. Spec. 91. med. 12. Struv a. a. O. cap. 4. thes. 5. n. 3. Lynker Vol. 2. resp. 154. Carpzov P. 3. Const. 9. def. 28. P. Müller Diss. de debito bonorum subsidio. cap. 5. §. 14.

n) II. F. 26. §. 21. Carpzov a. a. O. def. 31. Wernher P. 7. obs. 99. Lünig Corpus juris feudalis. T. 3. pag. 667. Leyser Spec. 91. m. 11.

bezahlen muß, und andere dergleichen Gegenstände o). Alle diese Stücke sind nun zwar allodial und werden zu dem Allodium gerechnet, allein durch besondere Normen können sie auch lehnbar und dem Lehnsnexus unterworfen werden, alsdann gelten auch bey ihnen eben die Grundsätze, welche vorhin von den Lehngütern angegeben wurden p).

§. 134.

In wiefern werden teutsche Bauerngüter zu dem Vermögen gerechnet?

Neben der römischen, auch in Teutschland zuweilen anzutreffenden Emphyteusis, giebt es noch eine Menge Arten von Bauerngütern a),

---

o) G. A. Struvius Centuria decisionum, quaenam res feudales, quaenam allodiales? C. G. Hoffmann de jure separandi allodium a feudo. cap. 2.

p) v. Cramer Wetzlarische Nebenstunden. Thl. 92. S. 10. ff. C. G. Winkler de feudi in pecunia constituti, pecuniae et quanti feudalis in creditorum conflictu habenda ratione. Lipsi. 1787. I. L. Eckhart Diss. de Const. feudali vulgo Reversgelder; siehe Reversquantum. Ienae 1784.

a) von Buri Abhandlung von Bauerngütern. Giessen 1783. Leyser jus Georgicum. J. F. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts. Bch. 2. Abschn. 2. Hauptstück 5.

welche bald in diesem, bald in jenem Stück von einander verschieden sind. Es läßt sich daher keine allgemeine Entscheidung geben, ob dieselben zu dem Vermögen von dem der Pflichttheil berechnet wird, zu ziehen seyen oder nicht, sondern Statuten, Observanz und der Vertrag zwischen dem Herrn und dem Bauern, welche die Rechte des leztern bestimmen, müssen dabey hauptsächlich berücksichtiget werden. Der Regel nach gehören die Rechte, die der Besitzer an dem Gut hat, zu dessen Vermögen, und Abweichungen oder Ausnahmen von derselben müssen besonders erwiesen werden [b]); solche zeigen sich vorzüglich in den Fällen, wo nach dem Vertrag mit dem Gutsherrn nur ein Theil der gesezmässigen Erben für fähig erkannt ist, in das Colonat- Erbleihe- oder sonstige Bauernrecht zu succediren; alsdann nämlich kann der in dieser Rücksicht Successionsunfähige in der Intestatsuccession von solchen Gütern nichts erhalten, folglich können diese auch bey Berechnung seines Pflichttheils zu dem Vermögen, von dem derselbe genommen wird, nicht zugezogen werden. Sollte aber der Bauer zur Erlangung des Colonat- oder sonstigen Rechts einen Theil seines vollkommen eigenthümlichen Vermögens angewendet, mithin zum ausschließlichen Vortheil derer, die in Rücksicht dieser Rechte successionsfähig sind, verwendet haben, so müssen

---

b) Müller de debito bonor. subsid. cap. 5. §. 8.

diese Summen, so wie die vom Gut gezogenen Früchte und Nutzungen, als welche er zu vollem Eigenthum erhält, in Anschlag gebracht werden, wenn der Pflichttheil der nicht Successionsfähigen berechnet wird.

§. 135.

Zu welchem Zeitpunkt wird das Vermögen angeschlagen, wenn die Summe des Pflichttheils berechnet wird?

Das Vermögen eines Erblassers kann sich vergrössern und verringern, sowohl vor als nach seinem Tod, sowohl mit als ohne Schuld des Universal- und pflichttheilsberechtigten Erben, der Werth der in der Erbschaft befindlichen Sachen kann steigen und fallen, und alles dieß muß daher auch auf den Pflichttheil, welcher in gleichem Verhältniß mit dem Vermögen steht, den bedeutendsten Einfluß haben. Um hierbey allen Schwierigkeiten vorzubeugen, ist daher bestimmt verordnet: daß das Vermögen genommen werden soll, wie es in dem Augenblick, wo der Erblasser starb, gewesen ist [a]). — Die

---

a) L. 6. Cod. de inoff. test. Arg. L. 44. §. 2. D. de bonis libertorum. Arg. L. 24. §. 1. L. 66. L. 73. pr. D. ad Legem falcidiam. Arg. §. 2. Inst. ad Leg. falcid. Westenberg de portione legitima. Diff. 3. cap. 5. §. 3. 4. Stryck de cautelis testamentorum. cap. 17. membr. 2. §. 23. Struv ad Digesta L. 5. T. 2. thes. 34. Müller Promtuarium juris novum. Vol. 4. pag. 263.

Zeit des Todes ist also der entscheidende Augenblick, dieß ist und bleibt Regel; Ausnahmen aber giebt es doch auch mehrere, nämlich

1) wenn der Erblasser eine beträchtliche Schenkung unter den Lebendigen gegeben hat, wodurch der Pflichttheil beeinträchtiget worden (§. 129.), wenn er eine übermässige Dotation vorgenommen (§. 130.), oder sonstige inofficiöse Contrakte geschlossen hat (§. 131.), alsdann ist das inofficiöser Weise Abgekommene zur Zeit des Todes nicht mehr bey dem Vermögen, es muß aber doch noch zu demjenigen, was in diesem Augenblick wirklich da ist, gerechnet werden, wenn die Summe des Pflichttheils bestimmt wird.

2) Die den Descendenten, für welche der Pflichttheil berechnet werden soll, bey Lebzeiten gegebene Dos (§. 122.) Schenkung wegen der Ehe (§. 123.), Aufwand zum Ankauf einer Bedienung (§. 124.), einfache Schenkungen, wenn sie sich gehörig dazu qualificiren, (§. 125.) auch die den berathenen Kindern gegebene Ab-

---

art. legitima liberorum. §. 65. ff. Thibaut System des Pandecten-Rechts. Bd. 2. §. 913. Westphal von Testamenten. §. 424. — Andere z. B. Hottomannus de quarta legitima cap. 4. §. 22. glauben, die Zeit wo der Erbe die Erbschaft antrit, oder wo die Erbschaft den höchsten Werth gehabt.

findung, wenn sie zu stark ist (§. 132.), müssen ebenfalls zu dem beim Absterben vorhandenen Vermögen hinzugerechnet werden [b]).

3) Wenn das Vermögen nach des Erblassers Tod, aber vor Verabreichung des Pflichttheils sich verändert, so muß man unterscheiden, ob jemand von den Interessenten Schuld hat, daß die Verabreichung noch nicht oder zu spät geschehen (in mora) ist, oder ob keinem ein Verzug imputirt werden kann. Im lezten Fall bleibt es bey der Regel, nach welcher lediglich auf die Zeit des Todes gesehen wird [c]). Im ersten Fall aber kommt es weiter darauf an, ob der eingesezte Haupterbe oder der Pflichttheilsberechtigte im Verzug steht; liegt die Schuld an diesem, so kann er durch seinen Verzug kein grösseres Recht verlangen, und dem eingesezten Erben keine grössere Verbindlichkeit auflegen, sondern er kann den Pflichttheil nur so und in der Quantität fordern, wie er zur Zeit des Todes war [d]); liegt aber die Schuld des Verzugs am eingesezten Erben, so kann der Pflichttheilsberechtigte dadurch nichts verlieren, sondern in so fern der Werth der zur Erbschaft

---

b) Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 91. med. 1. 2. 6.

c) L. 6. Cod. de inoff. test. Arg. L. 47. §. 4. D. de legatis. I. §. 16. Inst. de legatis.

d) L. 72. D. solutionibus. L. 5. 17. D. de periculo et commodo rei venditae.

gehörigen Sachen steigt, in so fern ist er auch berechtigt dieselben im höchsten Preis, worin sie in der Zwischenzeit gestanden haben, anzuschlagen, und den Pflichttheil sich von der darnach ergebenden Summe zu berechnen [e]). Eben so wie die Erhöhung des Preises dem nicht zum Vortheil gereicht, der in ungerechtem Verzug steht, so gereicht ihm auch der Abschlag des Preises zum Nachtheil, der andere, dem kein Verzug zu imputiren ist, kann nie darunter leiden [f]). — Doch versteht sich dieß alles nur von dem Betrag des Pflichttheils selbst, von dem Capital, denn die Zinnsen, Früchte und Nutzungen desselben muß der Erbe eben so wie jeder andere Besitzer einer fremden Sache verrechnen [g]); auch versteht es sich nur von den Sachen, welche zur Zeit des Todes schon bey der Verlassenschaft waren, oder nach Nro. 1. und 2. dazu gerechnet werden müssen; denn wenn die Verlassenschaft nach des Erblassers Tod einen äusseren Zuwachs erhält, etwa durch Alluvion oder auf andere Weise, so kann dieß

---

e) Arg. L. 32. et 36. §. 1. Cod. de inoff. test. L. 21. §. 3. D. de action. emti et venditi. L. 82. D. de verborum obligation.

f) Arg. L. 30. pr. D. ad Legem falcid. L. 173. §. 2. D. de diverf. regulis juris.

g) Berger oeconomia juris L. 2. T. 4. §. 15. not. 9.

dem Pflichttheilsberechtigten nichts nützen, sondern das kommt dem Haupterben zu gut [h]).

§. 136.

Von dem Aktivvermögen müssen vor Berechnung der Summe des Pflichttheils, die Schulden und Leichenkosten des Erblassers abgerechnet werden.

Da die Summe des Pflichttheils in gleichem Verhältniß mit dem Erbtheil steht, das derjenige, dem er gebührt, erhalten hätte, wenn er und seine Classe in der Intestatsuccession geerbt hätten, und bey Bestimmung der leztern der reine Ertrag nicht angegeben werden kann, bevor die Schulden von dem Vermögen abgezogen sind, so muß auch, um den reinen Betrag des Pflichttheils zu finden, der Aktiv- und Passivzustand des Erblassers zuförderst constatirt, die Schulden, Leichenkosten, das Eingebrachte der Frau, Gerade [a]) und sonstige Verbindlichkeiten desselben müssen von dem Aktivvermögen abgezogen, und nur von dem hernach bleibenden Ueberschuß kann die Summe des Pflichttheils berechnet werden [b]).

---

h) Berlich P. 3. concluſ. 14. n. 42. Stryck Cautelae teſtamentorum. cap. 17. membr. 2. §. 23.

a) Horn ſentent. et reſp. claſ. 7. reſp. 8. Müller Promtuarium juris novum. Vol. 4. pag. 262. art. legitima liberorum. §. 62.

b) L. 8. §. 9. D. de inoff. teſtam. L. 39. §. 1. D. de verborum ſignificat. Paulus ſelect. ſentent.

§. 137.

Alles, was wegen des Testaments zu leisten ist, wird von der Berechnung des Pflichttheils nicht abgezogen.

Da die Grösse des Pflichttheils nach der Intestaterbschaft bestimmt, und das Vermögen nach dem Zeitpunkt des Tods des Erblassers angeschlagen wird, so folgt daraus, daß alle die Prästationen, die der Erblasser in seinem Testament verordnet hat, oder die durch die Verfertigung des Testaments entstehen, auf den Pflichttheil keinen Einfluß haben können, sondern daß diese alle noch zu dem Vermögen gerechnet werden müssen, von dem der Pflichttheil genommen wird. Dahin gehören also die Legaten, die Fideicommisse einzelner Sachen, die Trebellianische und Falcidische Quart u. s. w. [a]), und wenn auch der Erblasser in seinem Testament die Collation solcher Sachen, die nach den Gesetzen conferirt werden müssen (§. 121. ff.), erlassen hat, so wird doch bey Berechnung des Pflichtheils darauf

---

L. 4. T. 5. §. 6. Faber Error. Pragmat. D. 15. E 9. Leyser Spec. 91. med. 8. Gail. Lib. 2. obs. 116. n. 11. Westenberg a. a. O. Diss. 4. cap. 2. §. 17. Stryck a. a. O. §. 6.

a) L. 36. pr. Cod. de inoff. test. Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser und Erben §. 398. b. Leyser Spec. 91. med. 6. Berger Oeconom. juris. L. 2. T. 4. §. 16. not. 5.

keine Rücksicht genommen, sondern sie werden bey dem Vermögen mit angerechnet b).

§. 138.

Auf welche Art wird der Betrag des Pflichttheils ausfindig gemacht?

Das Vermögen, von dem der Pflichttheil gegeben wird, begreift alle Sachen und Rechte des Erblassers unter sich, und der Pflichttheil soll so viel betragen, als ein gewisser Theil des Vermögens ausmacht; um nun zu bestimmen, ob dieß Verhältniß vorhanden ist, oder wie dieß Verhältniß hergestellt werden könne, müssen sowohl alle Sachen und Rechte, aus denen das Vermögen besteht, als auch alles, was der Pflichttheilsberechtigte auf eine solche Art bekommen hat, daß er es conferiren muß, und eben so auch alles andere, was bey Berechnung des Pflichttheils nach der bisherigen Ausführung zur Vermögens- oder Verlassenschaftsmasse gezogen wird, durch sachverständige Schätzer taxiret, und nach dem taxirten Werth entschieden werden: ob der volle Pflichttheil gegeben worden ist, oder wie viel noch daran fehlt, oder wie viel als Pflichttheil gegeben werden soll. Besteht aber die ganze Verlassenschaft blos aus Geld, so wird natürlicher Weise die Capitalsumme genommen, und das Capital des Pflichttheils dagegen vergli-

---

b) Leyser Meditat. ad Pandectas. Spec. 413. med. 1. 2. 3.

chen[a]). Sollten aber die zum Vermögen gehörige Sachen nicht auſſer Zweifel ſeyn, oder nicht mehr taxiret werden können, weil ſie z. B. nicht mehr vorhanden oder ſeit dem Tod des Erblaſſers verſchlimmert worden ſind, ſo muß von Seiten des Beſitzers der Erbſchaft, oder von dem Haupttestamentserben ein Inventarium oder eidliche Specification herausgegeben und von Seiten des Pflichttheilsberechtigten der Schatzungseid (juramentum in litem) geleiſtet werden[b]).

---

a) Conſilia Tubingenſia. Vol. 1. Conſ. 39. n. 44. Müller Promtuar. jur. novum. art. legitima liberorum. §. 40. Vol. 4. pag. 259.

b) Arg. L. 8. D. de in litem jurando. Conſilia Tubingenſia. Vol. 6. conſ. 267. no. 68.

Vierter Abschnitt.

Von den besondern Rechten des Pflichttheils.

§. 139.

Eingang.

Der Pflichttheil hat sehr viele Eigenheiten, auf besondere Gesetze gegründet; er unterscheidet sich von der gewöhnlichen Universalerbschaft eben so sehr als von der Intestaterbschaft, und eben so sehr auch von den einzelnen Sachen der Verlassenschaft. Um ihn und seinen wahren Charakter kennen zu lernen, ist es daher absolut erforderlich, alle seine besonderen Rechte, und alle ihm eigene gesetzliche Verordnungen genau kennen zu lernen.

§. 140.

Muß der Pflichttheilsberechtigte den Pflichttheil als Erbe bekommen?

a) Vor der Novelle 115.

Die römischen Gesetze, welche über die Erbeinsetzung, Enterbung und Präterition der Notherben, oder vielmehr der Verwandten, verordnen, sind in verschiedenen Perioden sehr verän-

dert worden. Nach den Gesetzen der Zeiten, wo der Pflichttheil aufkam, bis zur Abfassung der Pandekten mußten die in väterlicher Gewalt stehenden Söhne nothwendig entweder namentlich zu Erben eingesezt oder exheredirt werden, wurden sie blos präterirt, so war das Testament ungültig nach dem Zeugniß des Cajus[a]), das Nämliche sagen auch Paulus[b]) und Ulpian[c]); andere Pflichttheilsberechtigte aber, die in der väterlichen Gewalt des Testators waren, z. B. schon geborne Töchter, Enkel ꝛc. ꝛc. brauchten nicht namentlich enterbt zu werden, sondern das

---

a) Ich muß die §. 80. zum Theil schon citirte Stelle hier noch wörtlich hersetzen, um sie gleich übersehen zu können: L. 30. D. de liberis et posthumis heredibus instituendis: Inter caetera, quae ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale jus est de liberis heredibus instituendis vel exheredandis: ne praeteritis istis, rumpatur testamentum. Namque filio, qui in potestate est, praeterito, inutile est testamentum. —

b) L. 26. D. eod. Filius-familias si militet, ut paganus, nominatim a patre aut heres scribi, aut exheredari debet.

c) Ulpianus Fragment. T. 22. §. 16: Ex suis heredibus filius quidem, neque heres institutus, neque nominatim exheredatus, non patitur valere testamentum. Cajus Institution. L. 2. T. 3. pr. et §. 2. Lib. 16. §. 1. D. de vulgari et pupillari substitut.

konnte im allgemeinen geschehen[d]), und waren sie auch gar nicht exheredirt, sondern blos präterirt, so war das Testament deshalb nicht ungültig, sondern es behielt seine Kraft, und wurde nur in dem Punkt geändert, daß die Präterirten in der Concurrenz mit im Testament eingesezten in väterlicher Gewalt stehenden Söhnen eine Virilportion, und in der Concurrenz mit andern, nicht in der väterlichen Gewalt des Erblassers stehenden im Testament eingesezten Erben, die Hälfte der Verlassenschaft erhielten[e]). Alles dieß bezog sich aber doch nur auf die Rechte zum Erben ernannt zu werden[f]), und alle diese Stel-

---

d) Ulpianus Fragment. T. 22. §. 20.

e) pr. Inst. de exheredit. liberor. Sed non ita de filiabus et aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti heredes scriptaeve, vel exheredati exheredataeve, testamentum quidem non infirmatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem praestabatur; sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter caeteros hoc facere. Ulpiani Fragmenta. Tit. 22. §. 16. 17.— Reliquae vero personae liberorum, velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, valet testamentum. Scriptis heredibus accrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam. Cajus Inst. L. 2. T. 3. §. 1.

f) Die Einsetzung zum Erben wurde für ehrwürdiger gehalten, und war auch wirklich vortheil-

len reden von dem Recht wegen des Pflichttheils nicht mit einer Silbe. Die Gesetze der damaligen Zeit, welche bestimmen, daß, wann, und wie Kinder und Enkel zu Erben eingesezt, enterbt und präterirt werden können, sollen und müssen, das sind ganz eigene für sich bestehende Verordnungen, die sich um die Frage auf was? und auf wie viel? gar nicht bekümmern, und auf die die Lehre vom Pflichttheil eben so wenig Einfluß hat, als das Erforderniß der sieben Zeugen auf die Nothwendigkeit einer Erbenseinennung überhaupt. Wenn ein Testament gelten soll, so muß

1) der Testator das Recht haben, über das Vermögen zu disponiren.

2) Er muß denen, welche die Inofficiositätsklage trift, ihre Quarte, ihren Pflichttheil geben.

3) Er muß seinen Willen vor sieben erbetenen Zeugen erklären.

4) Er muß seine Descendenten zu Erben einsetzen, oder enterben, oder präteriren, so wie die Gesetze nach Verschiedenheit des Falls eines oder das andere erfordern oder erlauben.

5) Die sieben Zeugen müssen zu Testamentszeugen fähig seyn u. s. w.

---

hafter. L. 5. §. 6. D. de legat. praestandis, und beide Vorzüge sollte der filius-familias erhalten. L. 26. pr. D. si quis omissa causa testam.

Alles dieß sind unnachlässige Requisiten zur Gültigkeit eines Testaments, sie sind aber auch alle von einander ganz unabhängig, so wie das angegebene erste Requisit von dem fünften verschieden ist, so sehr ist auch das zweite vom vierten verschieden; das Erforderniß demjenigen, welchen die Querel trift, seine Quarte zu geben, ist ein eigenes für sich bestehendes, von allen andern, selbst von der nothwendigen Erbeinsetzung der Kinder und Enkel unabhängiges Requisit zur Gültigkeit oder völlig ungeschmälerten Erfüllung einer testamentarischen Disposition. Diesen Unterschied, den meine Vorgänger in Bearbeitung der Lehre vom Pflichttheil nicht immer gehörig beobachtet haben[g]), halte ich für absolut nöthig, um den Geist der Gesetze fassen zu können, und um nicht auf Widersprüche in solchen Gesetzen zu stossen, die eigentlich ganz harmoniren und recht gut neben einander bestehen.

Abstrahirt von der in den vorhin angeführten Stellen entschiedenen Frage wegen des Rechts der Descendenten, in dem Testament der Ascendenten zu Erben ernannt oder enterbt werden zu müssen, ist jezt eine andere Frage: auf welche Art der Notherbe, derjenige, welchen die Inofficiositätsklage trift, seinen Pflichttheil er-

---

g) Westphal von Testamenten. §. 433 und 434. Stein Versuch einer theoretisch-praktischen Abhandlung von pflichtwidrigen Testamenten. Erlangen 1798. §. 52.

halten müsse, ob nothwendig als Erbe, oder ob es hinreichend ist, wenn er denselben unter einem andern Titel bekommen hat? und diese Frage beantwortet uns Justinian sehr deutlich im §. 6. Inst. de inoff. testam. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit: sive jure hereditario, sive jure legati, vel fideicommissi: vel si mortis causa ei quarta donata fuerit; vel inter vivos, in iis tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra Constitutio, vel aliis modis, qui Constitutionibus continentur. Wenn also der Pflichttheilsbrechtigte die Summe des Pflichttheils auf irgend eine Art erhalten hat, so konnte er nach dem Recht der Institutionen aus dem Grund, daß er nicht auf den Pflichttheil zum Erben ernannt sey, das Testament nicht anfechten, er mochte denselben nun als ein Legat, oder Fideicommiß, oder als eine Schenkung auf den Todesfall, oder unter den Lebendigen erhalten haben, das war alles gleichgültig, und er hatte durchaus kein Recht zu verlangen: daß er den Pflichttheil grad als Erbe erhalte. Eben dieß sagt auch Ulpian in L. 8. §. 6. D. de inoff. testam. Siquis mortis causa *filio* donaverit quartam partem ejus, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decesserit, puto secure eum testari. Diese Stelle beweist deutlich, daß der Vater seinem

in

in väterlicher Gewalt habenden Sohn den Pflichttheil nicht als Erbe, sondern überhaupt unter irgend einem Titel, auch dem einer Schenkung auf den Todesfall, geben, und sicher seyn konnte, daß das Testament wegen des Pflichttheils nicht angefochten werden könne; ob er die übrigen Solennitäten auch beobachtet, ob er den filiusfamilias auch zum Erben ernannt habe, das war eine andere Frage, um die Ulpian sich hier nicht bekümmert. Wollte man den berührten Unterschied hier nicht unterstellen, so würde man dem guten Ulpian einen schrecklichen Widerspruch gegen die vorhin aus seinen Fragmenten Tit. 22. §. 16. angeführte Stelle zur Last legen müssen, wenn man nicht gezwungen seyn will die Worte: secure eum testari nach Westphal[h]) mit: er könne getrost den Sohn enterben, ohne die Inofficiositätsklage zu befürchten! — übersetzen zu müssen. In eine solche Uebersetzung kann ich nicht einstimmen, ich finde in Ulpians Stelle nicht ein Wort von einer ausser der Berichtigung des Pflichttheils noch besonders vorzunehmenden Enterbung; die angezogenen Worte können sich auf nichts anders beziehen, als auf das, wovon vorher die Rede war, nämlich den Pflichttheil, in Rücksicht auf diesen ist das Testament gegen alle Anfechtung gesichert, wenn die Summe, die er beträgt, dem Berechtigten auf den Todesfall geschenkt ist; wie es mit allen übrigen

h) Westphal a. a. O. §. 433.

Erfordernissen zu einem vollgültigen Testament aussieht, das bedarf eigene Untersuchungen. — Noch deutlicher sagt Justinian: daß wenn irgend ein Ascendent einen Descendenten, ohne alle Rücksicht, ob derselbe noch in seiner väterlichen Gewalt steht oder nicht, ein Heurathsgut oder eine Schenkung wegen der Ehe gegeben hat, die so groß ist als die Summe, welche der Pflichttheil beträgt, dieselbe dergestalt auf den Pflichttheil aufgerechnet werden soll, daß der Descendent keine inofficiöse Querel, mithin gar keine Klage wegen des Pflichttheils mehr hat; dieß enthält sehr bestimmt die von Justinian in den Codex aufgenommene Verordnung des Kaisers Zeno: L. 29. Cod. de inoff. testam. Quoniam novella constitutio divi Leonis ante nuptias donationem a filio conferri ad similitudinem dotis, quae a filia confertur, praecepit: etiam ante nuptias donationem filio in quartam praecipimus imputari. Eodemque modo cum pater, vel mater pro filia dotem, vel pro *filio* ante nuptias donationem, vel avus paternus aut maternus, vel avia paterna aut materna pro sua nepte, aut pro suo nepote, vel proavus itidem paternus aut maternus, vel proavia paterna aut materna pro sua pronepte vel pro suo pronepote dederit: non tantum eandem dotem vel donationem conferri, verum etiam in quartam partem

ad excludendam inofficiosi querelam, tam dotem datam quam ante nuptias donationem praefato modo volumus imputari, si ex substantia ejus profecta sit, de cujus hereditate agitur. Mit welchen Worten könnte man wohl deutlicher als mit diesen von Zeno sagen, daß, wenn der Notherbe diejenige Summe, welche der Pflichttheil beträgt, von dem Erblasser erhalten hat, sey es auch als eine Dos oder Schenkung wegen einer Ehe, derselbe wegen des Pflichttheils gar keine Klage mehr haben soll? Nimmt man nun zu den vorher angeführten Gesetzen auch noch die andern hieher einschlagenden i), so zeigt es sich, daß bis zu den Zeiten, wo die Novelle 18. erschien, folgende Rechtsgrundsätze gesetzlich bestimmt waren:

1) Das Recht gewisser Personen, daß sie in dem Testament absolut zu Erben ernannt werden mußten, ist von dem Recht, einen Pflichttheil von dem, der das Testament macht, zu erhalten, ganz verschieden und unabhängig.

2) Das Recht, namentlich zum Erben ernannt, oder namentlich enterbt werden zu müssen, ist ein Vorrecht des in väterlicher Gewalt des Erblassers stehenden Sohns und der nach Verfertigung des Testaments gebornen Tochter; auf

---

i) Nov. 18. cap. 1. Auth. Novissima Cod. de inoff. testam. L. 30. pr. L. 33. Cod. L. 8. §. 9. L. 10. §. 1. D. de inoff. test.

welche Quantität, und auf welche Sache sie zu Erben ernannt werden müssen, ist in den Gesetzen nicht bestimmt, und steht in der Willkür des Testators.

3) Schon geborne Töchter und andere Erben haben kein absolutes Recht den ehrbaren Namen und die grösseren Vortheile eines Erben durch das Testament zu erhalten, oder auch namentlich enterbt zu werden.

4) Söhne in der väterlichen Gewalt des Testators, Töchter, andere Descendenten, Eltern und Geschwister haben ein absolutes Recht nach einer bestimmten Ordnung den vierten Theil der Portion zu verlangen, den sie von des Testators Vermögen erhalten haben würden, wenn sie und ihre Classe denselben in der Intestaterbfolge geerbt hätten; allein es steht ganz in der Willkür des Testators unter welchem Titel er allen den genannten Personen diese Portion zuwenden will; er hat völlige Willkür, ob er ihnen solche unter den Lebendigen oder auf den Todesfall schenken, als ein Heurathsgut, Schenkung wegen der Ehe, als Legat, als Fideicommiß oder durch andere dergleichen Titel geben; oder ob er sie auf diese Portion zu Erben ernennen will; der in der väterlichen Gewalt des Testators stehende Sohn hat dabey gar kein Vorrecht, dieses Recht ist für alle Personen völlig gleich, nirgends findet sich nur der geringste Unterschied.

§. 141.

Fortsetzung.

b) Nach der Novelle 115.

Es entsteht nun die Frage: in wie fern die im vorigen Paragraph vorgetragenen Grundsätze noch heut zu Tag gelten? Es existirt nur ein einziges Gesetz, welches eine für uns bedeutende Aenderung enthält, und das ist die im Jahr 541 ergangene Novelle 115. Wir wollen ihre eigenen Worte hören, sie lautet im dritten Capitel: Aliud quoque capitulum praesenti legi addendum esse perspeximus. Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam, vel caeteros liberos *praeterire*, aut *exheredes* in suo facere testamento, *nec si* per quamlibet donationem, vel legatum vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem: nisi forsan probabuntur ingrati: et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. — — Justinian verordnet also hier: dem Vater, der Mutter, dem Groß- und Urgroßvater, auch der Groß- und Urgroßmutter soll es schlechterdings nicht erlaubt seyn, ihren Sohn oder Tochter oder andere Descendenten in ihrem Testament zu übergehen oder zu ent-

erben, auch alsdann soll es ihnen verboten seyn, wenn sie denselben etwa den Pflichttheil durch irgend eine Schenkung oder durch ein Legat oder durch ein Fideicommiß oder auf irgend eine andere Weise zugewendet hätten, und blos dann soll diese Regel eine Ausnahme leiden, wenn diese Personen undankbar gewesen sind und die Ursache dieser Undankbarkeit namentlich im Testament genannt ist. — Vergleichen wir diese Verordnung mit den Grundsätzen der vorigen Zeit, so finden wir, daß die einzige Aenderung, die sie einführt, in Folgendem bestehet: Vorher hatte blos der filiusfamilias das Recht, daß er namentlich enterbt werden mußte, andere Descendenten konnten nach Belieben im allgemeinen enterbt oder auch präterirt werden, und wenn diese Form gehörig beobachtet war, so war es gleichviel, welche Ursache den Testator zu dieser Disposition bestimmte; jezt aber soll er eine, im Verfolg des Gesetzes bestimmte Ursache namentlich angeben, warum er enterbt oder präterirt hat, und hierin stehet der filiusfamilias mit den übrigen Descendenten völlig gleich. Der Pflichttheil aber und der Titel, mit dem er dem dazu Berechtigten gegeben werden muß, ist durchaus nicht verändert; es ist seiner nur erwähnt, um eine Confusion der Begriffe zu vermeiden, es ist bestimmt gesagt, daß er und die Nothwendigkeit ihn einem dazu Berechtigten zu geben, auf die Verordnung, daß jede Enterbung und Präterition eines Descendenten nicht anders als aus

einer ausdrücklich angegebenen Ursache gültig soll geschehen können, keinen Einfluß haben soll; auch alsdann wann die dem Pflichttheil betreffende Obliegenheit berichtiget ist, soll er doch nicht von der Pflicht befreyt seyn, die Enterbungs- oder Präteritionsursache seiner Descendenten namentlich anzugeben, wenn er sie nicht auch neben der Berichtigung des Pflichttheils zugleich zu Erben ernannt hat. Diesen Sinn setzen die wichtigen Worte nec si ausser Zweifel. Eben dieß bestätiget auch das folgende Capitel 4: Justum autem perspeximus, et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare: nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. — Hier wo Justinian erklärt, daß er das Nämliche, was er im vorhergehenden Capitel in Rücksicht der Testamente der Eltern verordnet hat, auch in Rücksicht der Testamente der Kinder einführen wolle, hier redet er blos von der Nothwendigkeit, eine Präteritionsursache im Testamente namentlich anzugeben, aber mit keiner Silbe von einer nothwendigen Erbeinsetzung auf den Pflichttheil; ein sicherer Beweis, daß er auch in dem vorhergehenden Capitel daran nicht gedacht hat. — Und endlich wiederholt Justinian im folgenden

fünften Capitel noch einmal die unumwundene Erklärung: daß bey Erlassung dieser Gesetze seine einzige und alleinige Absicht gewesen sey: von den Kindern und Eltern die unrechtmässigen Enterbungen und Präteritionen abzuhalten, und daß, wenn diese Personen auch nur auf eine einzelne Sache zum Erben ernannt sind, mithin die Beleidigung einer unverdienten Uebergehung oder Enterbung nicht mehr eintrit, das Testament seine Gültigkeit nicht verlieren, und daß, wenn sie durch die Erbeinsetzung den Pflichttheil noch nicht vollständig erhalten haben, blos das Fehlende ergänzt werden soll. Caeterum, si qui heredes fuerint nominati: etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus: quicquid autem minus legitima portione eis relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. *Sola* enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis injuriam praeteritionis, et exheredationis auferre. Hätte Justinian auch den Titel, unter welchem der Pflichttheil verlassen werden kann, ändern wollen, so hätte er nicht sagen können: daß die Abwendung unverdienter Uebergehungen und Enterbungen zwischen Eltern und Kindern seine einzige Absicht gewesen sey. — — Von den Geschwistern redet dieß neueste Gesetz gar nicht, in Rücksicht ihrer ist daher

alles beim Alten geblieben. — Nach heutigem Recht gelten also nun folgende Grundsätze:

1) das Recht den Pflichttheil zu erhalten, und das Recht zum Erben ernannt werden zu müssen, sind noch immer ganz verschieden, und von einander unabhängig.

2) Das Recht zum Erben ernannt, oder aus einer namentlich angegebenen Ursache präterirt oder enterbt werden zu müssen, ist ein Vorrecht der Descendenten und Ascendenten; — auf was und auf wie viel sie zu Erben ernannt werden, steht ganz in der Willkür des Testators.

3) Geschwister haben kein absolutes Recht auf Ernennung zum Erben, oder eine durch angebene Ursachen gerechtfertigte Präterition und Enterbung.

4) Descendenten, Ascendenten und Geschwister müssen den Pflichttheil erhalten; unter welchem Titel sie ihn bekommen sollen, steht bey allen diesen Personen ohne Unterschied in der freyen Willkür des Testators; er kann ihn den Pflichttheilsberechtigten als eine Schenkung unter den Lebendigen oder auf den Todesfall, als ein Legat, als eine Dos, als eine Schenkung wegen einer Ehe, oder wie er sonsten will, zuwenden. — Nur ein grober Mißverstand oder Unachtsamkeit auf die Worte der Gesetze kann bisher die angesehensten Schriftsteller über diese

Lehre [a]) veranlaßt haben zu glauben: daß Kinder und Eltern auf den Pflichttheil selbst zu Erben ernannt werden müßten; Andere haben daher auch schon die gegentheilige und richtige Meinung vertheidigt [b]).

---

a) Westphal Theorie des römischen Rechts, von Testamenten, deren Erblasser und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. Frankfurt und Leipzig, 1790. §. 547. Höpfner theoretisch praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen. Frankfurt 1793. §. 473. Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 356. m. 1. Berger oeconomia juris. L. 2. T. 4. §. 15. Stryck Cautelae testamentorum. cap. 17. membr. 1. §. 26. ff. Carpzov. P. 3. Const. 9. def. 1. ff. Retr. de Toullieu Diss. de portione legitima titulo institutionis relinquenda. In dessen Collectaneis juris civilis Diss. 9. pag. 283. Walch Introductio in controversias juris civilis. Sect. 2. cap. 4. membr. 2. §. 7. P. Müller Diss. de debito bonor. subsidio. cap. 6. Bechmann Exercit. exot. 12. ad D. Lib. 5. T. 2. n. 25. Richter P. 1. decis. 40. n. 5. Struv de succes. cap. 9. thes. 4.

b) Westenberg de portione legitima. Diss. 4. cap. 1. Luc. van de Poll de exheredat. et praeterit. cap. 25. §. 1. Mevius P. 9. decis. 2. Christinaeus. Vol. 4. decis. 8. Müller Promtuarium juris novum. Vol. 4. pag. 268. art. legitima liberorum. §. 80. ff.

§. 142.

Der Pflichttheil ist ein Theil des Vermögens des Testators, nicht der Erbschaft.

Sobald das, was ich im vorigen Paragraph ausgeführt habe, daß nämlich der Pflichttheilsberechtigte den Pflichttheil nicht nothwendig als Erbe erhalten muß, richtig ist, so folgt daraus, daß der Pflichttheil seiner wesentlichen Eigenschaft nach kein Theil der Erbschaft, sondern ein Theil des Vermögens des Erblassers ist. Er kann zwar durch specielle Verordnungen des Erblassers auch ein Theil der Erbschaft werden, allein seiner Natur nach ist er es nicht. Dieß beweißt sich ausserdem vorzüglich noch daher, daß zur Erbschaft als Erbschaft nichts gehört, als was zur Zeit des Todes des Erblassers zu dessen Vermögen gehörte, oder was der Erblasser selbst, wenn er noch lebte, dazu zu bringen berechtigt wäre; allein zum Pflichttheil gehört noch manches aus dem Grund, weil es zum Vermögen des Erblassers als er noch lebte, gehört hat, worauf aber weder der Erblasser noch der Erbe als solcher ein Recht hat, und was auf eine den Erblasser und Erben verbindende Weise vom Vermögen abgekommen ist, nämlich die inofficiösen Schenkungen und andere Theile des Vermögens des Erblassers, die auf inofficiöse Weise von demselben abgekommen sind (§. 129. ff.) Diese Gegenstände gehören nicht zur Erbschaft, denn es hat kein Erbe als solcher, weder ein Vertrags- noch ein Te-

staments- noch ein Intestaterbe ein Recht darauf; aber der Pflichttheilsberechtigte hat ein Recht darauf, weil sie zu dem Vermögen des Erblassers gehört haben, ehe dasselbe Erbschaft wurde. — Auch Ulpian [a]) zeigt die Richtigkeit dieser Meinung, indem er unter dem Pflichttheil nur das versteht: was nach Abrechnung der Schulden und sonstigen Verbindlichkeiten des Erblassers übrig bleibt, folglich nicht gestattet, daß mit dem Pflichttheil als solchem auch die Verbindlichkeiten übergehen, wie diese doch in der Erbschaft mit begriffen sind [b]); und Paulus sagt: daß dasjenige, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, Vermögen (bona), nicht daß es Erbschaft sey [c]). Und endlich müssen manche unter gewissen Umständen den Pflichttheil erhalten, die nach der gemeinen Erbfolgeordnung nicht zur Erbschaft gelangen, z. B. wenn auser präterirten Kindern eines vollbürtigen Bruders, auch Halbgeschwister vorhanden sind und eine infame Person zum Erben ernannt ist; hier haben die Halbgeschwister gar kein gegenwärtiges Recht auf die Erbschaft,

---

a) L. 8. et 9. D. de inoff. test.

b) L. 24. de verborum significat. L. 62. D. de regulis juris.

c) L. 39. §. D. de verborum significat. Leyser Meditat. ad Pandect. Spec. 91. m. 4. ff.

wohl aber, nach den eintretenden Umständen ein gegenwärtiges Recht auf den Pflichttheil — ein sicherer Beweis, daß derselbe kein Theil der Erbschaft seyn kann.

§. 143.

Findet bey dem Pflichttheil das jus accrescendi Statt?

Nach dem, was ich in den drey lezten Paragraphen ausgeführt habe, kann zwar der Pflichtheil als ein Erbtheil, er kann aber auch als eine Schenkung, Legat u. s w. gegeben werden; da nun das jus accrescendi, oder das Recht, die Erbtheile anderer Erben, sie seyen nun auch auf den Pflichttheil berechtigt, oder nicht, zu erwerben, wenn dieselben die ihnen zugewiesene Erbtheile nicht selbst erwerben können oder wollen [a]), — nur bey wahren Erben eintrit [b]), so folgt von selbst, daß dieß Anwachsungsrecht nur dann beim Pflichttheil Statt finden kann, wenn der Pflichttheilsberechtigte ihn wirklich als Erbe bekommt, wenn aber der Pflichttheil unter einem andern Titel gegeben worden, so kann auch das jus accrescendi bey demselben nicht Statt finden [c]).

---

a) Cocceji Jus civile controv. L. 5. T. 2. qu. 18.

b) L. un. §. 10. Cod. de caduc. tollend. L. 53. §. 1. D. de acquirenda vel omittenda hereditate.

c) Westenberg de portione legitima. Diff. 4. cap. 1. §. 9.

§. 144.

Trit bey dem Pflichttheil das successorische Edikt ein?

Die Frage: ob bey dem Recht auf den Pflichttheil die Ordnung des successorischen Edikts beobachtet werde, muß man theilen, nämlich vorerst: ob der Pflichttheil einem dem Grad nach entfernteren gegeben werden muß, wenn ein in die nämliche Classe gehöriger, dem Grad nach näherer Erbe vorhanden ist, und dieser den Pflichttheil nicht bekommt? findet successio graduum statt? z. B. wenn der Sohn gültig enterbt wird, muß dann der Pflichttheil dem Enkel gegeben werden? — Diese von einigen Rechtsgelehrten bejahte [a]), von andern verneinte [b]) Frage habe ich schon oben

---

a) Noodt ad Pandect. L. 5. T. 2. Vinnius Select. jur. quaest. L. 1. cap. 20. Westenberg a. a. O. Diss. 2. cap. 2. §. 15.

b) Müller Promtuarium juris novum. Editio altera. Lipſ. 1795. 4. Vol. 4. art. legitima liberorum. §. 4. pag. 253. Faber de error. pragmaticor. Dec. 29. error. 5. Luc. van de Poll de exheredatione et praeteritione romana et hodierna. cap. 79. ff. Cocceji jus civil. controv. Lib. 5. T. 2. q. 17. Westphal von Testamenten §. 1022. Glück Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. §. 6. Schrader Commentatio de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. §. 84. ff. Struv Syntagma

(Thl. 1. §. 18.) nach einer Distinktion beantwortet. Der eben von den Descendenten gegebene Fall kann auch bey Ascendenten eintreten, und auch diese Frage habe ich schon oben (Thl. 1. §. 47.) bejahend [c]) entschieden.

Die zweite Frage ist: ob, wenn die vorhergehende Classe der Intestaterben enterbt wird, die darauf folgende Classe auf den Pflichttheil berechtigt ist? z. B. alle Descendenten sind gültig enterbt, muß nun der Pflichttheil den Ascendenten gegeben werden? Oder, alle Descendenten, Ascendenten und vollbürtige Geschwister sind gültig enterbt, müssen dann die Halbgeschwister den Pflichttheil bekommen? — Findet succeſſio ordinum statt? Diese Frage ist durch deutliche gesezliche Bestimmung grade zu bejahend entschieden [d]), so daß der Pflichttheil allerdings der folgenden Classe gegeben werden soll, wenn die vorhergehende gültig enterbt oder präterirt ist [e]).

---

juris civilis Exercitat. 10. thes. 19. Lauterbach Collegium theoret. practic. L. 5. T. 2. §. 23.

c) Schrader a. a. O. §. 93.

d) L. 14. L. 31. pr. D. de inoff. testam. Arg. Fragment. Ulpiani. T. 28. §. 11.

e) Schrader a. a. O. §. 92. Westphal a. a. O. §. 1021. Hofacker Principia juris civilis. §. 1697. Cocceji jus civil. controv.

§. 145.

Der Pflichttheil muß aus der Substanz des Vermögens, er kann nicht durch Zinsen, Früchte, Renten u. s. w. gegeben werden.

Nach Ulpians Zeugniß brauchte in vorigen Zeiten der Pflichttheil nicht unmittelbar aus der Substanz der Verlassenschaft dem Berechtigten mit völligem Eigenthum gegeben zu werden, sondern wenn demselben irgend etwas durch das Testament zugewiesen war, so wurde die Berechnung gemacht: ob er so viel erhalten habe, daß er in einer gewissen Zeit den Pflichttheil daraus gewinnen könne, und fand sich dieß, so konnte der Pflichttheilsberechtigte weiter nichts verlangen [a]). Diese Art den Pflichttheil zu geben ist aber durch eine neuere Verordnung Justinians vom Jahr 541 [b]) aufgehoben, und dagegen bestimmt, daß der Pflichttheil gleich mit vollem Eigenthum aus der Substanz der vorhandenen Verlassenschaft dem Pflichttheilsberechtigten gegeben werden soll. Es können daher die Zinsen, Früchte, Renten, und andere Gefälle, die der Pflichttheilsberechtigte

---

L. 5. T. 2. qu. 17. Struv Syntagma jur. civil. Exercitat. 10. thes. 19. Reuter Diss. de effectu querelae inofficiosi juxta ordinem edicti successorii.

a) L. 8. §. 11. D. de inoff. testam.

b) L. 36. pr. Cod. de inoff. testam.

tigte etwa nach der Disposition des Erblassers erheben soll, als Pflichttheil selbst nicht angerechnet werden — nostrum juvamen purum filiis inferri, sagt Justinian a. a. O. — repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione, vel ex jure adcrescendi, utputà usus-fructus — c) und man kann dabey keinen Unterschied zwischen dem Pflichrtheil der Kinder, dem der Eltern und der Geschwister zulassen. d)

§. 146.

Der Pflichttheil kann in Geld oder bestimmten Sachen gegeben werden.

Wenn gleich die Summe des Pflichttheils nach der Erbportion bestimmt wird, so folgt doch daraus nicht, daß der Pflichttheilsberechtigte eben so wie ein Universalmiterbe an jeder einzelnen Sache des Nachlasses einen Anspruch

---

c) Nov. 18. cap. 1. Nov. 22. cap. 48. in fin. Auth. Novissima. Cod. de inoff. testam. L. 29. Cod. eod.

d) Müller Promtuar. jur. novum. Vol. 4. pag. 256. art. legitima libero. §. 29. ff. Cramer Observat. jur. universi. T. 6. obs. 1405. Westenberg a. a. O. Diss. 4. cap. 2. §. 5. Stryck Cautelae testamentorum cap. 7. membr. 2. §. 28. 29. P. Müller Diss. de debito bonorum subsidio. cap. 7. §. 7.

habe, sondern es steht in des Testators freyem Willen, ob er statt dessen dem Berechtigten eine dem Werth des Pflichttheils gleichkommende Summe Gelds, oder bestimmte einzelne Sachen von gleichem Werth, geben will; sobald er den innern Werth gegeben hat, hört die Klage wegen des Pflichttheils auf [a]).

§. 147.

Wenn eine Bestimmung vom Testator über die als Pflichttheil zu gebende Sache fehlt, so bestimmt der Richter.

Da es unpassend, und oft für den Haupterben oder auch für den Pflichttheilsberechtigten selbst, vom grösten Nachtheil ist, wenn man von jeder einzelnen zur Verlassenschaft gehörigen Sache den Pflichttheil wegnehmen wollte, so müssen die Interessenten vorerst eine gütliche Auseinandersetzung unter sich versuchen; können sie aber sich nicht vereinigen, so hat der Richter das Vermögen zu theilen, und dem Pflichttheilsberechtigten seinen Theil zu geben, womit dieser dann sich beruhigen muß, wenn er nicht eine Verletzung

---

a) §. 3. Inst. de inoff. testam. L. 8. pr. L. 30 pr. L. 31. 35. §. 2. L. 36. Cod. de inoff. testam. Nov. 115. cap. 5. Leyser Spec. 356. m. 5. Spec. 361. m. 14. Franzkius ad Digesta. L. 5. T. 2. n. 58. Hellfeld Jurisprud. forens. §. 548. Stryck a. a. O. §. 12. Westenberg a. a. O. Diss. 4. cap. 2. §. 6. Müller de deb. bonor. subsid. cap. 5. §. 2.

in Rücksicht des Werths zeigen kann[a]); eine Wahl aber, wie Einige behaupten[b]), steht dem Pflichttheilsberechtigten nicht zu[c]). Wenn nun der Richter die als Pflichttheil anzuweisenden Sachen bestimmen will, so muß er darauf Bedacht nehmen, daß der Pflichttheilsberechtigte dasjenige, was er schon bey Lebzeiten des Erblassers von demselben erhalten hat, auch bey Anweisung des Pflichttheils behalte[d]); im übrigen darf er nicht blos gute, aber auch nicht blos schlechte Sachen als Pflichttheil hingeben, sondern er muß gute, mittlere und schlechte unter einander und nach dem Verhältniß, wie sie im Vermögen vorhanden sind, geben[e]); sollte aber die Verlassenschaft nicht füglich getheilt werden können, so muß der Pflichttheilsberechtigte mit einer Summe Gelds abgefunden werden[f]).

---

a) Arg. L. 2. pr. Cod. quando et quib. quarta pars debetur. Müller Diss. de debito bonor. subsid. cap. 5. §. 3.

b) Cucchus ad Auth. Novissima Cod. de inoff. test. et Summaria quibus in rebus constitui possit vel non n. 33. ff.

c) L. 36. pr. Cod. de inoff. testam. boni viri arbitratu, vel aliam rem &c. &c. Arg. L. 26. §. 2. L. 27. D. de legatis et fideicommissis. I.

d) Arg. L. 22. pr. D. de alimentis et cibariis legatis.

e) Nov. 18. cap. 1.

f) §. 5. 6. Inst. de officio judicis.

§. 148.

In Rücksicht dessen, was als Pflichttheil gegeben wird, muß Eviction geleistet werden.

Der Pflichttheil ist die geringste Portion, welche der Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten aus seinem Vermögen geben muß, es folgt daher schon von selbst, daß alles, was er als Pflichttheil erhält, von der Beschaffenheit seyn muß, daß es ihm nicht wieder entrissen werden kann, denn sonst würde er, wenn dieser Fall sich ereignete, weniger haben, als die Pflichttheilsportion; wird ihm also von den auf den Pflichttheil angewiesenen Sachen aus einem vom Erblasser sich herschreibenden Recht etwas entzogen, so muß ihm von den Erben Eviction geleistet werden[a]). Da es jedoch in diesem Fall anzusehen ist, als ob die entrissene Sache in der Verlassenschaft gar nicht gewesen wäre, so verringert sich dadurch auch der mit dem Vermögen immer in gleichem Verhältniß stehende Pflichttheil selbst, und der Pflichttheilsberechtigte muß daher seine Rata an dem Verlust mittragen, nur die Rata des Erben braucht derselbe zu ersetzen.

§. 149.

Der Pflichttheil muß gleich nach des Erblassers Tod verabreicht werden.

Testamente können auf den Pflichttheil durchaus keinen unangenehmen Einfluß haben, und der

---

a) L. 36. pr. Cod. de inoff. test. Westphal von Testamenten. §. 398. b.

eingesezte Erbe darf deswegen dem Pflichttheilsberechtigten nicht die geringste Beeinträchtigung verursachen, sondern er muß ihm denselben sogleich ohne den geringsten Aufenthalt verabreichen, ohne Rücksicht, ob der Berechtigte darauf zum Erben ernannt, oder ob er ihm als Legat oder Fideicommiß gelassen worden ist. Versteht sich der Erbe der übrigen Verlassenschaft nicht in Güte dazu, und giebt er den Pflichttheil nicht sogleich ohne allen Proceß heraus, sondern zieht er den Pflichttheilsberechtigten lange Zeit durch allerhand Processe herum, und läßt er sich erst durch richterliche Gewalt zur Herausgabe zwingen; so muß er zur Strafe wegen dieser Widersetzlichkeit nicht blos den Pflichttheil, sondern über das auch noch ein Drittel von allem dem, was dem Pflichttheilsberechtigten im Testament vermacht ist, an denselben herausgeben [a]). Ja die Verordnung, daß der Pflichttheil sogleich nach dem Tod herausgegeben werden soll, ist so streng, daß, wenn etwa der Testator dem Pflichttheilsberechtigten eine den Pflichttheil übersteigende Summe zugedacht, aber verordnet hat, daß ihm das Ganze erst nach Verlauf irgend einer Zeitfrist zugestellt werden soll, diese Bestimmung in Rücksicht der Zeit in so weit als sie den Pflichttheil betrift, als gar nicht beygefügt angesehen werden, sondern daß der Betrag des Pflichttheils demohnerachtet sogleich herausge-

---

a) L. 33. pr. Cod. de inoff. test.

geben, der Ueberschuß aber, was ihm mehr als der Pflichttheil zugedacht ist, bis dahin, wo der Testator bestimmt hatte, stehen bleiben und erst alsdann an den Berechtigten verabreicht werden soll [b]).

§. 150.

Der Pflichttheil darf auf keine Art beschwert werden.

Den Testatoren ist alles Recht über den Pflichttheil zu disponiren ganz entgegen, alle Dispositionen, die auf irgend eine Art zum Nachtheil des Pflichttheils gereichen, sind als gar nicht gemacht anzusehen [a]); alle Bedingungen, sie seyen casual oder potestativ [b]), wenn sie gleich

---

b) L. 36. §. 1. Cod. de inoff. testam. Müller Promtuarium juris novum. Vol. 4. pag. 256. art. legitima liberorum §. 32. Böhmer Decision. et consultation. T. 2. P. 1. resp. 219. n. 20. resp. 661. n. 33.

a) L. 32. Cod. de inoff. testam. — — — ut si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur: ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcunque onus introducens, tollatur: et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

b) Westphal a. a. O. §. 404. ff.

nach älterem Recht gültig waren [c]), werden doch nach dem neuesten Recht als nicht beigefügt angesehen, in so fern der Pflichttheil davon abhängen soll [d]); selbst dann, wann dergleichen Dispositionen blos zum Vortheil des Pflichttheilsberechtigten abzwecken, sind sie doch ungültig [e]). Nur alsdann leidet diese Regel eine Ausnahme, wenn der Testator dem Pflichtheilsberechtigten unter einer potestativ Bedingung den Pflichttheil läßt, und auf den Fall, daß er sie nicht erfüllt, nach den in der Novelle 115 enthaltenen Bestimmungen gültig und ausdrücklich enterbt [f]). — Eben so kann der Pflichttheil mit keinem Legat, Fideicommiß, Nießbrauch u. s. w. [g]), die von dem Pflicht-

---

c) L. 4. L. 86. D. de hered. inst. L. 28. D. de constitutionibus institutionum.

d) L. 32. Cod. de inoff. testam. L. 36. pr. Cod. eod. Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 92. corol. 3. Westenberg de portione legitima. Diss. 4. cap. 2. §. 1. Stryck Cautelae testamentorum. cap. 17. membr. 2. §. 4. Daegner Diss. de onere legitimae. Faust Diss. de illegitimo legitimae gravamine. Senkenberg Diss. de gravamine in legitima. Müller Promtuarium juris novum. ant. legitima liberor. §. 14. ff. Vol. 4. pag. 254.

e) Nov. 117. cap. 1. Berger Oeconomia juris. L. 2. T. 4. §. 15. not. 9.

f) L. 4. Cod. de institution. et substitut.

g) Nov. 18. cap. 3. Auth. Novissima. Cod. de inofficioso testam. Quistorp Beiträge zur Er-

theil selbst geleistet werden sollen, belegt werden. Selbst dem Vater des in väterlicher Gewalt stehenden pflichttheilsberechtigten Descendenten, darf der nach andern Gesetzen zustehende Nießbrauch vom Vermögen seines Sohns, in so fern als er denselben vom Pflichttheil beziehen will, im Testament eines andern Ascendenten, der den Pflichttheil geben muß, nicht genommen werden, denn dadurch würde der Testator sich eine gewisse Disposition über den Pflichttheil anmassen, die ihm durchaus nicht erlaubt ist; über dasjenige aber, was dieser Ascendent mehr als den Pflichttheil giebt, über das kann er auch Bestimmungen beifügen, und dem Vater den Nießbrauch entziehen, weil er dasselbe auch ganz fremden Personen hätte geben können [h]).

---

läuterung verschiedener, mehrentheils unentschiedener Rechtsmaterien. St. 2. n. 4. Stryck Cautelae testamentorum cap. 17. membr. 2. §. 7. ff. Wernher P. 6. obs. 478.

h) Nov. 117. cap. 1. L. 30. Cod. de inoff. testam. Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 92. med. 1. Thibaut System des Pandekten-Rechts. Bd. 2. §. 914. Bauer Diss. de usufructu et administratione legitimae a matre aut ascendentibus maternis liberis relinquendae, patri non adimenda Lips. 1762. Breuning Diss. an patri ususfructus adimi possit in filii acquisitionibus ex hereditate aviae maternae. Westenberg a. a. O. Diss. 4. cap. 2. §. 7.

Verschieden von diesem Fall ist jedoch derjenige, wo der Vater seinem in väterlicher Gewalt habenden Sohn pupillariter substituiret; hierzu ist der Vater berechtigt, und dabey ist selbst die Summe des Pflichttheils nicht ausgenommen; selbst dann, wenn der Vater in seinem Testament das Kind blos auf den Pflichttheil einsezt, so kann er ihm doch substituiren i), und dieß kann nicht als eine Beschwerung des Pflichttheils angesehen werden. — Allein ganz verboten ist es, wenn ein Ascendent einem andern Ascendenten von dem Pflichttheil den er seinem Descendenten geben muß, den lebenslänglichen Nießbrauch, wenn er ihn nicht schon nach den gemeinen Gesetzen genießt, zuwenden, mithin dem Descendenten entziehen will k), denn der Pflichttheilsberechtigte muß von seinem Pflichttheil auch den Nießbrauch sogleich selbst beziehen.

In Rücksicht der Beschwerung des Pflichttheils mit einem Fideicommiß steht die L. 12. Cod. de inoff. testam. in einem merkwürdigen Widerspruch, indem sie den Eltern gestattet, auf den Fall, daß die Kinder unter dem 25zigsten Jahr sterben, ihnen ein wechselseitiges allgemeines Fideicommiß aufzulegen. Da indessen dieß lezte Gesetz schon im Jahr

---

i) L. 26. Cod. L. 8. §. 7. D. de inoff. testam.

k) Nov. 18. cap. 3.

236, die ihr widersprechende L. 32. Cod. de inoff. test. aber erst im Jahr 529. gegeben worden, so ist billig anzunehmen, daß jenes, dessen gesetzliche Kraft durch das neuere schon aufgehoben war, aus Unachtsamkeit der Compilatoren in den Codex aufgenommen worden ist, und daß das leztere den Vorzug vor demselben habe, mithin das wechselseitige allgemeine Fideicommiß zwischen Pflichttheilsberechtigten, heut zu Tag nicht mehr gültig seyn könne [1]).

Da die Summe des Pflichttheils sich nach der Grösse der Verlassenschaft richtet, und es daher vor allen Dingen darauf ankommt, daß diese constatirt werde, so kann der Testator dem Pflichttheilsberechtigten die dazu abzweckenden Mittel nicht entreissen, und dem Haupterben keinen Weg bahnen, zu der Verlassenschaft gehörige Sachen zu hinterhalten. Hierher gehört also das von dem Haupterben zu errichtende Inventarium über den Nachlaß und die eidliche Specification desselben, diese kann der Testator dem Haupterben zum Nachtheil des Pflichttheilsberechtigten nicht erlassen [m]). Sollte je-

---

l) Westphal a. a. O. §. 413. P. Müller Diss. de debito bonor. subsidio cap. 7. §. 14.

m) Schilter Exercitat. 38. §. 129. et addit. ad §. 129. Hellfeld Iurisprud. forens. §. 546. Wernher P. 3. obs. 95. Müller Promtuar. jur. nov. art. legitima liberorum §. 24. Vol. 4.

doch der Erblasser selbst eine eidlich bestärkte Specification seines ganzen Vermögens verfertigt haben, so hat dieselbe ihre Gültigkeit, und in so fern der Pflichttheilsberechtigte wirklicher Erbe ist, kann er vom eingesezten Haupterben keine neue eidliche Specification verlangen [n]); wenn aber der Pflichttheil nicht mit wirklichem Erbrecht, sondern unter besonderem Titel, z. B. in einer einzelnen Sache, als Legat, Schenkung u. s. w. angewiesen worden ist, so kann die Specification des Testators dem Pflichttheilsberechtigten nicht im Wege stehen, sondern er ist befugt, sie von dem Haupterben noch einmal zu fordern, und auf alle andere Wege den Vermögensstatum des Erblassers zu eruiren [o]). — Hätte der Testator sein Vermögen nach einem zu geringen Werth taxiret, so kann das dem Pflichttheilsberechtigten nicht schaden, sondern bey Bestimmung seiner Portion muß der wahre Werth der Sachen zur Zeit des Todes des Erblassers angeschlagen, und darnach der Pflichttheil berechnet werden (§. 135. [p]).

---

pag. 255. Leyser Spec. 361. med. 16. Spec. 364. m. 1. Hommel Rhapsod. obs. 31. Lilien Diss. de legitima. §. 13.

n) Nov. 48. cap. 1. pr. Leyser Meditat. ad Pandect. Spec. 92. med. 4.

o) Nov. 48. cap. 1. §. 1.

p) Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 92. med. 2. Böhmer Decis. et cons. T. 2. P. 1. resp. 666.

Kurz, alle und jede dergleichen unzählige Handlungen, welche die Testatoren vornehmen können, um den Pflichttheil in irgend einer Hinsicht zu beschränken oder zu beeinträchtigen, werden nach der angeführten L. 32. als gar nicht geschehen angesehen, und der Pflichttheilsberechtigte erhält seine Portion völlig frey von allen dergleichen nachtheiligen Auflagen q).

§. 151.

Ueber die Socinische Cautel und deren Gesetzwidrigkeit.

Bey dem Verbot, den Pflichttheil mit irgend einer Beschwerde zu belegen, wird gewöhnlich einer Art jenem Verbot zu entgehen, und auch den Pflichttheil mit irgend etwas zu graviren, erwähnt, welches die Rechtsgelehrten die Socinische Cautel nennen; — ein Gegenstand der schon mancherley Meinungen veranlaßt hat,

---

n. 9. et 10. Müller Promtuar. jur. nov. Vol. 4. pag. 262. art. legitima liberor. §. 58. Berger Oeconom. jur. L. 2. T. 4. §. 15. not. 5.

q) Gail. L. 2. obs. 119. n. 2. Struv Syntagma jur. civil. Exer. citat. 10. thes. 30. Bechmann Exercitat. exot. ad Dig. L. 5. T. 2. n. 28. I. C. A. Hüpeden Diss. de nepotum quorundam in legitima ab avo institutorum cum reliquis diversorum liberorum jam defunctorum descendentibus mediatis concurrentium portione legali ejusque computatione. Marburgi 1769. §. 20.

und der auf Principien reducirt werden muß, um auf's Reine zu kommen.

Ueber folgenden Fall kam die Sache zuerst zur Sprache: Ein Florentinischer Adlicher, Nicolaus Anteneorus sezte seine beiden Söhne Alexander und Camillus zwar zu Erben ein, allein er wendete doch seinem dritten Sohn Baptista den größten Theil seines Vermögens und weit mehr als dessen Pflichttheil betragen haben würde, theils als Erbtheil, theils als Legate zu, beschwerte aber den Baptista mit seinem Fideicommiß dergestalt, daß, wenn er ohne männliche Nachkommen sterben würde, alles, was er von seinem Vater erhalten, seinen überlebenden Brüdern restituirt werden solle; und wenn er mit dieser Verordnung nicht zufrieden seyn oder ihr in irgend einem Punkt zuwider handeln würde, dann solle er der Legaten beraubt, und auf solchem Fall nur auf den Pflichtheil zum Erben eingesezt seyn [a]). Ueber dieses Testament wurde der Italienische Rechtsgelehrte Marianus Socinus der jüngere, geboren 1482 und gestorben 1556., consulirt, er hat darüber ein weitläuftiges Gutachten erstattet, worin er auf die Gültigkeit der Disposition, und daß die Erben des Baptista nach seinem kinderlosen Absterben die Erbschaft seines Vaters ohne Abzug eines Pflichttheils heraus-

---

a) Socinus Vol. 1. conf. 122.

geben müßten, erkannte, und dadurch hat er nun die Ehre, daß diese Cautel bis auf den heutigen Tag seinen Namen führt.

Alle Rechtsgelehrte, welche über die Socinische Cautel nur einigermassen ausführlich geschrieben haben [b]), stimmen darin überein, daß sie in dem Testament diejenige Disposition, worin die Rechte des Pflichttheils beeinträchtigt werden, vorausgehen, und auf den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte sich derselben nicht fügen will, die Disposition folgen lassen, wo er ohne Beschwerde gegeben wird. So bildet auch Koch [c]) den Begriff der Socinischen Cautel dahin: „sie bestehe darin, daß der Notherbe, „welchem auf den Pflichttheil entweder ganz „oder zum Theil ein Gravamen gelegt ist, über „denselben mit etwas honorirt wird, welches

---

b) W. F. C. Setels Diss. de jure circa cautelam Socini. Giessae 1707. §. 4. Ayrer Diss. de jure parentum legitimam bona mente gravandi. §. 13. I. U. de Cramer Progr. de cautela Socini abundante. Opusc. T. 3. n. 23. Crell Diss. de cautela Socini et quando illa sit inutilis in ejus Diss. et progr. Fasc. 6. n. 49. I. F. Runde Progr. de usu longaevo cautelae quam vocant Socini ante ipsum Socinum. Cassel. 1776. Leyser Spec. 93. Stryck Caut. testam. cap. 17. membr. 3. §. 15. G. L. Böhmer Diss. de lib. fideicom. oneratis.

c) Heinrich Wilhelm Koch, über die Socinische Cautel. Giessen 1786. §. 4. S. 8.

„er jedoch nur in dem Fall, wenn er sich dem „Pflichttheilsgravamen unterwerfen werde, be„kommen soll.“ Er erklärt sich noch deutlicher im §. 6. S. 27. wo er von der Formel der Sociniſchen Cautel handelt und sagt, „mithin ist es genug, wenn sich der Testator, „es sey mit welchen Worten und auf welche „Art es wolle, dahin geäussert hat, daß der „Notherbe, falls er das Pflichttheilsgravamen „nicht anerkennen wolle, nur den Pflichttheil, „und das übrige ein anderer haben solle.“ — Wollte man ein Testament nach dieser Formel einrichten, so würde man z. B. sagen müssen: Mein Sohn soll auf Zeit seines Lebens den Nießbrauch meines ganzen Vermögens haben, nach seinem Tod aber soll mein ganzes Vermögen an meinen Bruder fallen und an denselben herausgegeben werden; falls aber mein Sohn sich dieses nicht gefallen lassen will, so soll er nur auf den Pflichttheil zum Erben eingesezt seyn, und alles Uebrige von meinem Vermögen soll mein Bruder erben. Diese Disposition ist offenbar ganz nach Kochs Formel eingerichtet, und stimmt auch mit der eigentlichen Sociniſchen Formel, das heißt mit der Formel des Testaments, über welches Socinus sein Gutachten erstattete, völlig überein; es kommt also nur darauf an: ob dergleichen Testamente, worin die angeführte Disposition enthalten ist, ganz gesetzmäsig sind, so daß durchaus nach derselben gehandelt werden muß.

Betrachtet man die Disposition genau, so findet man: daß der unbeschwerte Pflichttheil unter der Bedingung gegeben worden ist, wenn der Sohn das Fideicommiß sich nicht gefallen lassen wird; und was folgt daraus? — — Das Testament behält seine Gültigkeit in allen Punkten, nur die Condition, unter welcher der Pflichttheil gegeben worden ist, muß nach der L. 32. Cod. de inoff. test. wegfallen, gleich als wäre sie im Testament gar nicht enthalten, folglich würde der Sohn die ganze Erbschaft als Fiduciar übernehmen, den Pflichttheil als unbedingt darauf eingesezt behalten, und nur das, was nach dessen Abzug übrig bleibt, nach des Sohns Tod an den Bruder des Testators herausgegeben werden, wie die L. 36. §. 1. Cod. de inoff. testam. dieß für dergleichen Fälle verordnet; — — und wo ist nun die Wirkung der herrlichen Sociniſchen Cautel?

Man wende mir nicht ein, daß die Bedingung, unter der die Einsetzung auf den Pflichttheil geschehen ist, für den Pflichttheilsberechtigten keine Beschwerung enthalte, da er, sobald er nur erklärt, daß er sie nicht erfüllen wolle, den ganzen Pflichttheil mit allen seinen Gerechtsamen erhalten soll. Es kommt schlechterdings nicht darauf an, ob der Berechtigte durch die beygefügte Bedingung wirklich Schaden leidet, denn selbst die Conditionen, welche blos zum Vortheil des Pflichttheilsberechtigten gereichen, müssen

so

so gar wegfallen [d]); und nach der L. 32. muß mit der Bedingung nicht absolut Schaden verbunden seyn, sondern wenn nur eines oder das andere allein da ist, entweder Bedingung oder auch Schaden, so wird das, welches sich vorfindet, weggenommen, und als nicht vorhanden, nicht beygefügt angesehen; in diesem Gesetz werden Schaden, Bedingung u. s. w. nicht mit et, et, sondern mit vel, vel, aut aufgezählt, durch jedes allein wird der Pflichttheil beeinträchtiget. Ueberhaupt werden die in Testamenten vorkommenden Bedingungen, wenn sie Bezug auf die Rechte der Notherben haben, nicht nach dem Schaden beurtheilt, den der, zu dessen Gunsten die conditionelle Verfügung gemacht wird, dadurch leidet, sondern wenn die Disposition von der Art ist, daß sie an und für sich direkt geschehen muß, der Testator aber irgend eine Bedingung beyfügt, sey sie auch auf einen Umstand gerichtet, bey dessen Existenz der Begünstigte auch, ohne daß er grade zur Bedingung gemacht wäre, die Begünstigung doch nicht erwerben kann, wenn es ihm unmöglich ist, sie zu erwerben, so ist doch die Disposition, die direkt geschehen soll, auf die aber eine Condition Einfluß hat, ungültig und nicht zu Recht beständig; dieß sagt Pomponius [e]), wenn er ein Testa-

---

d) Nov. 117. cap. 1. L. 36. pr. Cod. de inoff. test.

e) L. 16. §. 1. D. de vulgari et pupillari substitut.

ment für ungültig erklärt, in welchem der Vater einen Fremden auf den Fall, daß sein Sohn vor ihm, dem testirenden Vater, sterben würde, zum Erben ernennt; hier soll das Testament um deswillen ungültig seyn, weil der Testator den Sohn nicht direkt, sondern den Fremden unter der Bedingung zum Erben ernennt, wenn der Sohn vor dem Testator sterben würde, eine Disposition, die dem Sohn gewiß nie schaden konnte, da sie auf einen Fall gesezt war, bey dessen Eintrit er die Erbschaft doch nicht acquiriren konnte, da er todt seyn mußte.

Nach dem bisher Angeführten muß ich mich also ganz gegen die eigentliche Sociniſche Cautel, und gegen die Art erklären, wie die Rechtsgelehrten bisher eine Beschwerung des Pflichttheils für rechtsbeständig gehalten haben, da ein Testator durch sie seinen Zweck den bestehenden Gesetzen nach nicht mit Gewißheit erreichen kann.

§. 152.

Gesetzmässigkeit und Begriff einer Cautel, um den Pflichttheil mit einer Beschwerde belegen zu können.

Wenn gleich diejenige Art, wie Anteneorus den Pflichttheil seines Sohns Baptista mit der Beschwerde eines Fideicommisses belegte, nicht zu rechtfertigen ist, so folgt doch daraus nicht, daß eine solche Beschwerde überhaupt nicht gesetzmässig bestimmt werden könne, sondern man geht von folgenden Rechtsgrundsätzen aus:

1) Jeder Testator muß seinem Pflichttheilsberechtigten den Pflichttheil geben[a]).

2) Ueber das Uebrige nach Abzug des Pflichttheils kann der Testator völlig frey disponiren, und es dem Pflichttheilsberechtigten selbst oder jedem Fremden geben, wie und auf welche Art er nur immer will[b]).

3) Erbschaften Legate, Fideicommisse und dergleichen können unter Potestativbedingungen zugewendet werden[c]).

4) Jedermann kann den ihm zustehenden einseitigen Rechten entsagen, so lang ihm kein absolut gebietendes Gesetz entgegen steht[d]).

so ergiebt sich daraus der Rechtsbestand einer testamentarischen Verordnung, wo der Testator sagt:

---

a) Nov. 18. cap. 1. —— ut si quidem unius est filii pater aut mater: aut duorum vel trium, aut quatuor — eis relinqui — — uncias quatuor — si autem ultra quatuor habuerint filios — sexuncium sit omnino quod debetur.

b) Nov. 18. cap. 1. licebit enim ei relinquum octuncium forte aut sexuncium habere, et largiri sicut voluerit, filiis ipsis aut cuilibet extraneorum. Nov. 117. cap. 1.

c) L. 1. pr. seqq. D. de condition. et demonstration. et caus. et modis. L. 2. 3. 5. seqq. D. de condition. institut.

d) L. 69. D. de diversis regulis juris.

1) Mein Sohn Heinrich soll auf den Pflichttheil zum Erben eingesezt seyn.

2) Sollte aber mein Sohn Heinrich, wie ich es wünsche, sich dazu verstehen, daß er auf diese ihm eben zugesicherte Erbeinsetzung auf den Pflichttheil und auf alle ihm nach den Gesetzen zustehenden Rechte in Rücksicht eines Pflichttheils von meinem Vermögen, entsagt, so soll derselbe den Nießbrauch von meinem ganzen Nachlaß auf die Zeit seines Lebens erhalten.

3) Alsdann soll nach seinem Tod mein ganzes Vermögen an meinen Vetter Carl fallen und dieser solches eigenthümlich haben; welcher auch in dem Fall, wenn mein Sohn Heinrich auf den Pflichttheil nicht entsagt, sondern nach der Verordnung sub 1. diesen behalten will, gleich nach meinem Tod mein ganzes, nach Abzug des Pflichttheils für meinen Sohn übrigbleibende Vermögen erben soll.

Vergleicht man diese Disposition mit den obigen Grundsätzen, so siehet man: daß der Testator den ersten Grundsatz befolgt hat, indem er den Pflichttheilsberechtigten auf den Pflichttheil ganz ohne alle Beschwerde eingesezt hat; und er hat nach dem zweyten Grundsatz über das übrige Vermögen disponirt; er hat auch seinen Sohn ein Fideicommiß unter einer Bedingung aufgelegt, wozu er nach dem dritten Grundsatz berechtigt ist; und nach dem vierten Grundsatz steht es in der Gewalt des Fiduciars die

aufgelegte Condition zu erfüllen: mithin ist die Dispositiou in allen Rücksichten gesichert. Nach ihr steht es also in der Willkür des pflichttheilsberechtigten Sohns Heinrich, ob er den Pflichttheil ohne alle Beschwerde, oder ob er den lebenslänglichen Nießbrauch von dem ganzen Vermögen haben will; im ersten Fall ist die Sache von selbst klar, im lezten Fall aber ist auch die Summe, welche der Pflichttheil beträgt, mit einem Fideicommiß belegt, der Sohn hat alsdann gar kein Eigenthum, folglich ist der Pflichttheil sehr beschwert. Allein es ist doch keine absolut positive — keine direkte Beschwerung, sondern es hängt von dem Urtheil des Pflichttheilsberechtigten ab, ob er glaubt, daß die Annahme des Fideicommisses oder des unbeschwerten Pflichttheils vortheilhafter für ihn sey, auf seine Ueberzeugung, auf seine Wahl kommt es an, was er fürs zuträglichste für sich hält. Beide Dispositionen, sowohl über den Pflichttheil als über das Fideicommiß sind, jede einzeln betrachtet, ganz so eingerichtet, wie die besondern desfallsigen Gesetze es verordnen und zulassen, und sie sind in eine solche Verbindung gebracht, daß die Gesetze wegen einer einzelnen durchaus nicht verlezt werden. —

Die eben angegebene Cautel, wodurch der Pflichttheil gravirt werden soll, besteht also darin: daß derjenige, welcher pflichttheilsberechtigte Erben hat, diesen den Pflichttheil direkt zuwendet, auf den Fall aber,

daß dieselben ihren Rechten auf den Pflichttheil entsagen, eine andere Disposition macht, wodurch die Rechte des Pflichttheils in irgend einer Hinsicht beeinträchtiget werden.

Ich setze hier eine direkte Zuwendung des Pflichttheils mit allen seinen Gerechtsamen voraus, und lasse eine eventuelle Beschwerung desselben nachfolgen, denn jenes ist das Principalerforderniß, ohne dessen Beobachtung das Testament keine absolute Kraft hat; und dadurch weiche ich von der eigentlichen Socinischen Cautel und von den Begriffen der im vorigen Paragraph angeführten Rechtsgelehrten ab, indem diese eine direkte Beschwerung des Pflichttheils und nur eventuell eine Zuweisung des unbeschwerten Pflichttheils erfordern. — Es ist freylich nach den neuern Gesetzen keine Ordnung bestimmt, in welcher die Dispositionen in den Testamenten auf einander folgen sollen; allein es muß doch immer eine solche Folge beobachtet werden, daß der Verfasser nicht gezwungen wird, da wo er unbedingt disponiren soll, und will, eine Condition zu machen, um seinen Sinn auszudrücken und seine Absicht zu erreichen e), und dieß muß nach der im vorigen Paragraph angegebenen Cautel, in Rücksicht des unbeschwerten Pflichttheils geschehen.

---

e) L. 15. Cod. de testam. L. 3. Cod. de liberis praeterit.

In dem Begriff dieser Cautel rede ich auch nicht von einem Honoriren über den Pflichttheil, das die angeführte Rechtsgelehrten, zu einem Haupterforderniß der Sociniſchen Cautel machen. Daß der Pflichttheilsberechtigte über den Pflichttheil mit etwas honorirt werde, halte ich nicht für durchaus nöthig, ſondern jede Diſpoſition, die der Teſtator auf den Fall macht, wenn der Pflichttheilsberechtigte auf ſeine Rechte wegen des Pflichttheils entſage, und worin nur irgend etwas angenehmes für den Berechtigten enthalten iſt, ſollte er dadurch auch nicht mehr als den Pflichttheil, vielleicht ſelbſt noch weniger als dieſen bekommen, gehört in die Cathegorie dieſer Cautel. Man nehme z. B. den Fall an, daß ein Vater von zwey Kindern ein Vermögen von 60,000 fl. beſizt, das in 51000 fl. baar Geld und in einem Landgut beſtehet, welches nach dem gemeinen Preis 9000 fl. werth iſt. Nun macht er ein Teſtament, worin er ſeinen älteſten Sohn Theodor auf den Pflichttheil einſezt, mit der Weiſung, daß ihm derſelbe in 10,000 fl. baar Geld entrichtet werde; ſein jüngerer Sohn Guſtav aber ſoll das übrige Vermögen an Capitalien und das Landgut erben, lezteres aber unter der Auflage es Zeit Lebens nicht zu veräuſſern und ſeinem Bruder Theodor den Aufenthalt auf demſelben nicht zu geſtatten, widrigen Falls es dem Armenhaus verfallen ſeyn ſoll. Da aber der Teſtator weiß, daß Theodor als

älterer Bruder das Landgut von dem die Familie den Namen führt, und dessen Lage ihm vorzüglich gut gefällt, zu haben wünscht, so verordnet er weiter, daß wenn Theodor auf alle seine Rechte wegen des Pflichttheils entsagt, derselbe das Landgut eigenthümlich bekommen, und Gustav alle Capitalien allein erhalten soll. Hier würde offenbar Theodor 1000 fl. weniger bekommen als sein Pflichttheil beträgt, und doch wird er es vorziehen, weil er, wenn er nicht auf den Pflichttheil entsagt, das Landgut nicht erhalten kann. Er ist also nicht über den Pflichttheil honorirt, sondern in der That gravirt; die lezte Disposition enthält aber doch etwas angenehmes, so daß der Testator voraus sieht, Theodor werde sie dem völlig ungravirten Pflichttheil vorziehen. Dergleichen Fälle lassen sich nun unzählige denken, wo der Testator eine Verordnung macht, die nicht anders ausgeführt werden kann, als wenn der Pflichttheilsberechtigte auf seine Pflichttheilsrechte entsagt, und darin liegt das Ausgezeichnete dieser Cautel. — Daß auch die Rechte des Pflichttheils in irgend einer Hinsicht beeinträchtiget werden müssen, ist unnachlässiges Requisit zur Existenz dieser Cautel, denn bleiben alle Pflichttheilsrechte unverlezt, und bewilligt der Testator noch etwas angenehmes ausser denselben, so bedarf es keiner Cautel zur Erhaltung des Testaments, indem die Disposition an sich ihre Gültigkeit immer behält, da die Verbindlich-

keiten wegen des Pflichttheils darin erfüllt sind. — — — Wenn also der Testator sein Testament nach den in diesem Paragraph aufgestellten Grundsätzen eingerichtet hat, so ist er völlig gesichert, daß ihm nicht anders succedirt werden kann, als er selbst auf den einen oder den andern Fall verordnet hat.

§. 153.

Welche Stücke werden dem Pflichttheilsberechtigten auf den Pflichrtheil aufgerechnet?

Die Pflichttheilsberechtigten haben öfters schon bey Lebzeiten des Testators manches von demselben erhalten, öfters sollen sie noch nach dessen Testament oder sonstigen lezten Willensverordnung etwas erhalten, und es entsteht dabey die Frage: in wie fern ihnen solche Stücke dergestalt auf den Pflichttheil aufgerechnet werden, daß ihnen nur das, was ihnen nach Abzug derselben von der Summe des Pflichttheils fehlt, noch dazu gegeben wird, um denselben ganz zu berichtigen? Diese Frage wird im allgemeinen dahin beantwortet: es ist dem Pflichttheilsberechtigten alles aufzurechnen, was er aus der Substanz der Verlassenschaft erhalten hat [a]). Geht man aber in das einzelne, so haben wir schon oben (§. 122. ff.) gesehen, welche von denen Gegenständen, die der Pflicht-

---

a) L. 36. pr. Cod. de inoff. test.

theilsberechtigte schon bey Lebzeiten des Erblassers empfangen hat, zu conferiren, mithin als zur Substanz des Vermögens gehörig anzusehen, und nach der eben gegebenen Regel auf den Pflichttheil aufzurechnen sind, und welche Stücke in diese Reihe nicht gezogen werden können; solche Gegenstände aber, die dem Pflichttheilsberechtigten erst in dem Testament des Erblassers oder sonst auf den Todesfall zugewiesen sind, als: ein gewisses Erbtheil, Legate, Fideicommisse, Schenkungen auf den Todesfall u. s. w. müssen ihm sämmtlich und ohne Ausnahme auf den Pflichttheil aufgerechnet werden [b]). Wenn hingegen derselbe etwas zwar durch das Testament des Erblassers, aber nicht aus dessen eigenem Vermögen erhält, z. B. wenn der Erblasser den Pflichttheilsberechtigten einem andern pupillariter substituirt, und derselbe dadurch noch etwas bekommt, so wird solches angesehen, als erhielte er es von dem Vermögen dessen, dem er substituirt ist [c]), und es kann ihm bey dem Pflichttheil, den er von dem Testator erhält, nicht aufgerechnet werden [d]). Aus gleichem

---

b) Nov. 18. cap. 1. L. 30. pr. L. 35. Cod. de inoff. test. Auth. Novissima Cod. eod. §. 6. Inst. L. 8. §. 6. D. de inoff. test. Nov. 115. cap. 3. Müller Diss. de debito bonorum subsidio. cap. 9. §. 1. ff.

c) L. 10. §. 2. D. vulgari et pupillari substitut.

d) L. 36. pr. Cod. de inoff. test.

Grund kann auch dem Sohn dasjenige nicht aufgerechnet werden, was zwar der Vater demselben giebt, das aber ein Dritter dem Vater aufgelegt hat, daß er es an den Sohn leisten soll; z. B. Ein Dritter ernennt den Vater zum Erben, legt ihm aber die Verbindlichkeit auf, seinem Sohn ein Legat von 1000 fl. auszuzahlen: wenn nun der Vater seinem Sohn diese 1000 fl. ausgezahlt hat, so können solche doch dem Sohn auf den Pflichttheil, den er von seinem Vater erhält, nicht aufgerechnet werden, denn er erhielt sie nicht als Sohn, nicht als Pflichttheilsberechtigter, sondern als Legatar aus dem Testament des Dritten.

§. 154.

Wodurch geht das Recht auf den Pflichttheil verloren?

Blos der Ordnung wegen muß ich noch die Frage berühren: wodurch das Recht auf den Pflichttheil verloren gehe? denn einer ausführlichen Auseinandersetzung bedarf es hier nicht, da sich diese an andern schicklichern Orten findet; der Pflichttheil fällt also weg:

1) Durch gültige Enterbung, sie geschehe wegen üblen Benehmens des Pflichttheilsberechtigten gegen den Erblasser (Thl. 1. §. 45. 67. 77.), oder sie werde aus guter Absicht zu dessen eigenem Besten vorgenommen [a]).

---

a) Arg. L. 25. 33. §. 1. D. de inoff. testam. D. J. Claproth Abhandlung von Testamenten, Co-

2) Durch ausdrückliche Entsagung (§. 165.)

3) Durch gehörige Anerkennung des Testaments, worin der Pflichttheil entzogen worden (§. 165.).

4) Durch Verjährung, nämlich wenn nur mit der Inofficiositätsklage geklagt werden kann, durch eine Verjährung von fünf — (§. 165.) — wenn aber mit andern Klagen geklagt werden kann, durch eine Verjährung von dreissig Jahren (§. 157. 166).

---

dicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen; oder der Jurisprudentiae heurematicae 3ter Theil. Göttingen 1797. §. 18. Stein von pflichtwidrigen Testamenten. §. 42. Schulte Diss. de exheredatione bona mente. Goett. 1774. — Anderer Meinung ist in Rücksicht des heutigen Rechts H. F. A. Muhl Diss. Exhereditationem bona mente factam jure novo romano admittendam non esse. Francofurti. 1800.

Fünfter Abschnitt.

Von den Rechtsmitteln, mit welchen die Rechte wegen des Pflichttheils verfolgt werden.

§. 155.

Uebergang.

Nachdem ich nun alle Grundsätze, welche die Rechte wegen des Pflichttheils betreffen, durchgegangen habe, so muß ich nun noch von den Rechtsmitteln handeln, mit denen jene Gerechtsame erhalten und verfolgt werden.

§. 156.

Tabellarische Uebersicht.

Wir haben in dem Vorhergehenden gesehen, und aus der Natur der Sache folgt es, daß die Gerechtsame wegen des Pflichttheils auf mancherley Wegen und Arten beeinträchtiget werden können, so vielerley nun die Umstände und die Handlungen seyn können, wodurch die Beeinträchtigungen geschehen, so giebt es auch sehr viele Mittel, welche man in dieser oder jener Lage gebrauchen muß, um den Schaden abzuwenden, wie folgende Tabelle über die hauptsächlichsten Klagen wegen des Pflichttheils zeigt:

Si heres perſequitur legitimam partem, ſit

- **l. ratione teſtamenti — quod eſt**
  - **l. ſtricto jure invalidum, quo et pertinet caſus, ſi deſcendens per virilem ſexum adhuc in patria poteſtate teſtatoris conſtitutus, praeteritus eſt**
    - Querela nullitatis (§. 157.)
  - **l. ſtricto jure validum**
    - **l. legitima integra in eo relicta eſt**
      - **l. titulo heredis**
        - Hereditatis petitio (§. 153.) et reliquae actiones petitoriae et poſſeſſoriae (§. 170.)
      - **l. non**
        - Actio ex teſtamento (§. 159.)
    - **l. non**
      - **l. militare**
        - Condictio ex Nov. 123. cap. 19. (§. 168.)
      - **l. non**
        - **l. heres aliquid teſtamento accepit**
          - **l. titulo heredis**
            - Condictio ſuppletoria ex L. 30. Cod. de inoff. teſtam. (§. 167.)
          - **l. non**
            - **l. eſt deſcendens aut aſcendens**
              - **l. deſcendens per virilem ſexum**
                - **l. exheredatus**
                  - Actio ex Nov. 115. (§. 166.)
                - **l. praeteritus ſcilicet emancipatus**
                  - Bonorum poſſeſſio contra tabulas (§. 169.)
              - **l. non**
                - **l. aſcendens ſ. deſcendens per matrem**
                  - Actio ex Nov. 115. (§. 166.)
            - **l. frater aut ſoror**
              - Condictio ſuppletoria ex L. 30. Cod. de inoff. teſt. (§. 167.)
        - **l. plane nihil**
          - **l. heres eſt frater aut ſoror**
            - Querela inofficioſi teſtamenti (§. 161—165.)
          - **l. non**
            - **l. deſcendens per virilem ſexum**
              - **l. exheredatus**
                - Actio ex Nov. 115. (§. 166.)
              - **l. praeteritus ſcilicet emancipatus**
                - Bonorum poſſeſſio contra tabulas (§. 169.)
            - **l. aſcendens ſeu deſcendens per matrem**
              - Actio ex Nov. 115. (§. 166.)
- **l. non**
  - **l. ratione codicillorum ab inteſtato**
    - Utitur exceptione deficientis portionis legitimae ex L. 8. §. 13. D. de inoff. teſt. (§. 174.)
  - **l. non**
    - Querela inofficioſi contractus (§. 171. 172.) et actio Calviſiana ſ. Faviana utilis (§. 173.) ut et exceptio deficientis portionis legitimae ex L. 8. §. 13. D. de inoff. teſt. (§. 174.)

§. 157.

Von der Nullitätsklage (Querela nullitatis teſtamenti.)

Wenn ein Teſtator den Pflichttheil durch ein ſolches Teſtament beeinträchtigt, bey deſſen Errichtung er die weſentlichen Erforderniſſe eines gültigen Teſtaments den Geſetzen zuwider nicht beobachtet, oder auf das nachherige Ereigniſſe ſolche Wirkung haben, daß dadurch weſentliche Erforderniſſe zu fehlen anfangen, z. B. er zieht die nöthige Anzahl von Zeugen nicht zu, oder er nimmt ſolche Perſonen die zu Teſtamentszeugen nicht fähig ſind, oder der im Teſtament ernannte Erbe ſtirbt vor dem Teſtator u. ſ. w. [a]), ſo iſt das Teſtament null und nichtig, und es muß mit der Nullitätsklage gebeten werden, daß daſſelbe für nichtig erklärt werde [b]). Dieſe Klage betrifft mehr die ganze Lehre von Teſtamenten als die von mir abgehandelt werdende beſondere Lehre vom Pflichttheil; ich kann mich daher auf eine genaue Auseinanderſetzung derſelben hier nicht einlaſſen, ſondern beziehe mich auf die von der Ungültigkeit der Teſtamenten überhaupt handelnde Schriftſteller [c]). Nur beiläufig bemerke ich

---

a) §. 3. Inſt. quibus modis teſtam. infirmantur. L. 3. Cod. de teſtamenris. L. 16. Cod. de inoff. teſtam. L. 16. §. 1. D. de vulgari et pupillari ſubſtitut.

b) L. 1. D. de injuſto, rupto, irrito facto teſtamento.

c) Bachmann Diſſ. quibus modis teſtam. infirmantur. Schneider Diſſ. de obligat. ex teſtam.

daher: daß diese Klage blos dann Platz findet, wenn an den wesentlichen äussern oder innern Erfordernissen sich ein Mangel zeigt, wohin dann ins besondere auch der Fall gehört: wenn ein väterlicher Ascendent seinen Descendenten der in seiner väterlichen Gewalt steht, präterirt hat, (§. 80. 140) [d]); daß der durch frühere gültige Anordnungen rechtmässige Testaments- oder der Intestaterbe sie gegen den im Testament ernannten die Erbschaft besitzenden Erben anstellt, daß sie innerhalb 30 Jahren noch angestellt werden kann, daß sie auf die Erben über-

---

imperf. Reland Diss. de testam. imperf. Stock Diss. de injusto, rupto, irrito facto testam. Scherz Diss. de testamento nullo. T. I. Reinharth Diss. de querelae nullitatis et inoff. test. differentiis et usu earum practico. Goett. 1736. C. G. Haubold Diss. sub praes. C. G. Winkler de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum. Pregel Diss. de testamento rupto B. L. Suendendörffer de action. succes. pag. 89. Hofacker Princip. jur. civil. §. 1669. I. H. Böhmer. Doctrina de actionibus Francofurthi 1757. Sect. 2. cap. 3. §. 49. ff. J. L. Schmidts Praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. Jena 1803. §. 537. ff.

d) pr. Inst. de exheredat. liberor. L. 4. Cod. de liberis praeteritis.

übergeht, und daß sie das ganze Testament, sowohl die Erbeinsetzung als die Legate und sonstige Dispositionen in demselben umwirft, und völlig unbedingte Intestatsuccession wirkt. — Der Pflichttheilsberechtigte, der zugleich intestat- oder früherer Testamentserbe ist, erhält also durch sie nicht blos den Pflichttheil, sondern seine ganze Intestaterbportion.

§. 158.

Von der Erbschaftsklage (Hereditatis petitio.)

Eine andere Klage, womit der Pflichttheilsberechtigte auch seinen Pflichttheil verfolgen kann, ist die eigentliche Erbschaftsklage. Diese Klage stellt jeder wahre Erbe, er sey Intestat- oder Testaments- oder Vertragserbe, selbst der Käuffer einer Erbschaft [a]) gegen jeden wirklichen oder fingirten Besitzer der Erbschaft [b]) an, und sie geht auf Uebergabe der Erbschaft [c]). Da wir schon oben gesehen haben (§. 140. 141.) daß das Recht auf den Pflichttheil von dem eigentlichen Erbrecht verschieden ist, und der Grund dieser Klage blos in dem, dem Kläger

---

a) L. 1. 3. 54. pr. D. de hered. petit. L. 2. §. 18. D. de hered. vel action. vend. L. 65. D. de verbor. significat. H. R. Redecker Diss. de hereditate conventionali.

b) L. 7. Cod. de petitione hereditatis. L. 9. 10. 11. 12. D. de hered. petit. L. 13. §. 14. D. eod.

c) L. 10. D. de hered. petit.

zustehenden Erbrecht liegt [d]), so wird dieselbe nicht durch das Recht auf den Pflichttheil begründet, und sie kann auf dieses nur dann wirken, wenn dasselbe zugleich im Erbrecht steckt. Ist daher der Pflichttheilsberechtigte in einem gültigen Testament zum Erben eingesezt, so verfolgt er, indem er sein Erbrecht geltend macht, eben dadurch mittelbar auch sein Recht auf den Pflichttheil. Da dieß aber keine dem Pflichttheilsberechtigten als solchem zustehende Klage ist, so gehört es nicht für mich, ihre Eigenschaften näher auseinander zu setzen [e]).

§. 159.

Von der Klage aus dem Testament. (actio ex testamento.)

In so fern der Pflichttheil an und für sich nicht nothwendiger Weise als ein Erbtheil dem Pflichttheilsberechtigten verlassen werden

---

d) L. 1. 2. 3. 4. D. de hered. petit.

e) Westphal Systematischer Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten der Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln, Halle 1790. §. 348. ff. B. T. Buchren Diss. de hereditatis petitione. Arg. 1672. I. G. de Goebel Diss. de hereditate ejusque petitione. Helmstad. 1719. I. H. Böhmer Doctr. de actionibus. Sect. 2. cap. 3. §. 16. ff.

muß, in so fern braucht derselbe auch, um dazu zu gelangen, nicht nothwendig immer wahre Erbschaftsklagen oder Arten derselben anzustellen, sondern hat ein Erblasser einem Pflichtheilsberechtigten ein Erbrecht gültiger Weise nicht gegeben, wie er das bey Geschwistern thun kann (§. 141.), oder hat er den Pflichtheilsberechtigten zwar zum Erben auf eine einzelne Sache oder einen geringern Theil der Verlassenschaft als der Pflichttheil erfordert, ernannt, und dasjenige was hernach noch am Pflichttheil fehlt, als ein Legat zugewiesen, welches auch bey Kindern und Eltern geschehen kann (§. 141.), so muß der Pflichttheilsberechtigte das ihm solchergestalt gültig zugewendete, mit eben der Klage verfolgen, die allen Legataren zusteht, nämlich mit der Klage aus dem Testament. Da die Klagen sich jederzeit nach dem Titel richten, unter dem die Rechte und Verbindlichkeiten erworben worden sind, so muß der Pflichttheilsberechtigte alsdann mit dieser Klage auftreten, wenn ihm der Pflichttheil unter dem Titel eines Legats in einem gültigen Testament zugewiesen worden ist; sein Recht auf den Pflichttheil ist zwar immer sein entfernter Klagegrund, allein durch das Testament hat es eine eigene Bestimmung erhalten, es ist in ein Legat verwandelt worden, und der Titel eines Legats ist nun der nächste Grund der Klage. Alle Legate werden durch die angeführte Klage verfolgt, mit welcher derjenige, dem in einem

gültigen Testament ein Vermächtniß hinterlassen worden ist, oder dessen Erben [a]) gegen den in diesem Testament ernannten Erben [b]), oder gegen den mit diesem Vermächtniß beschwerten Legatar [c]) aus dem Grund klagt, daß dieselben die Erbschaft angetreten, oder das Legat anerkannt haben [d]). Der Zweck dieser Klage geht auf Entrichtung des Vermächtnisses [e]).

§. 160.

Gang der Gesetzgebung in Rücksicht der besondern Klagen wegen des Pflichttheils.

Ich komme nun zu den Klagen, welche eigentlich und ausschließlich für den Pflichttheil gegeben sind. Um hierin aufs Reine zu kom-

---

a) L. 1. Cod. communia de legatis et fideicommissis.

b) §. 5. Inst. de obligation. quae quasi ex contractu.

c) L. 1. in fin. Cod. commun. de legat. L. un. §. 4. Cod. de caduc. tollend.

d) §. 5. Inst. de obligat. quae quasi ex contractu. L. 16. §. 1. Cod. de testam.

e) L. 18. D. de obligat. et action. L. 69. §. 5. L. 82. pr. D. de legat. I. L. 29. §. 3. D. de legat. III. Westphal Hermeneutisch systematische Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. I. 768. ff. II. 1072. ff. G. Schweder Diss. de agnitione et approbatione ultimae voluntatis defuncti. Tubingae 1706. Böhmer de action. Sect. 2. cap. 3. §. 49. ff.

men, wird es nöthig seyn der Gesetzgebung in ihren Schritten und den nach und nach gemachten Veränderungen zu folgen.

1) Ich habe in dem §. 140. gezeigt, daß das Recht in einem Testament als Erbe eingesezt werden zu müssen, von dem Recht, den Pflichttheil zu erhalten, nach den Pandekten ganz verschieden war. Das absolute Recht, auf die Erbseinsetzung oder namentliche Enterbung stand zuerst ausschließlich dem in väterlicher Gewalt des Testators stehenden Sohn und der Posthuma zu, erst späterhin bekamen alle in der väterlichen Gewalt des Testators stehende leibliche Descendenten ohne Unterschied, ob es Söhne, Töchter, Enkel, Enkelinnen u. s. w. waren, eben dieses Recht [a]), und waren sie präterirt, so war das Testament null und nichtig, sie hatten die Nullitätsklage [b]), durch welche das an sich ungültige Testament in Rücksicht seines ganzen Inhals zerfiel.

2) Abstrahirt von diesem Recht auf die Erbensernennung hatte der Filiusfamilias und die andern in der väterlichen Gewalt des Testators stehenden leiblichen Descendenten, auch noch ein mit den übrigen Descendenten, Ascendenten und Geschwistern gemeinschaftliches Recht

---

a) L. 4. Cod. de liber. praeterit.

b) pr. Inst. de exheredat. liberor. und die übrigen §. 80 und 140 angeführten Stellen von Cajus und Ulpian.

auf den Pflichttheil; war diesen Personen entweder gar nichts, oder nicht so viel hinterlassen, als der Pflichttheil betrug (§. 140.), so stand ihnen die Inofficiosităts klage zu, mit welcher das ganze Testament in allen seinen Theilen, alle Legate, Fideicommisse, Erbeinsetzung u. s. w. umgeworfen und der völligen Intestatsuccession Platz gegeben wurde[c]). Hiernach konnte also ein Filiusfamilias, dessen Pflichttheil z. B. 100 fl. betrug, und der auf 50 fl. im Testament zum Erben eingesezt war, die Nullităts klage nicht anstellen, denn er war ja wirklicher Erbe, allein da ihm noch die Hälfte seines Pflichttheils fehlte, so konnte er doch mit der Inofficiosităts klage das Testament umwerfen und sich dadurch den Weg zur völligen Intestatsuccession bahnen.

3) Nun aber machte Justinian eine Veränderung durch seine in den Codex aufgenommene Verordnung vom Jahr 528[d]) folgenden Inhalts: Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes, magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus: et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel alio

---

c) L. 17. pr. et §. 1. D. de inoff. testam. L. 29. 30. 31. Cod. de inoff. testam. Höpfner Commentar zu den Heineccischen Institutionen. §. 473. not. 12.

d) L. 30. Cod. de inoff. testamento.

modo ſubvertendis moveri ſolebat actio, certa et ſtatuta lege tam mortuis conſulere, quam liberis eorum vel aliis perſonis, quibus eadem actio competere poterat: ut, ſive adjiciatur in teſtamento de adimplenda legitima portione, ſive non, firmum quidem ſit teſtamentum, liceat vero his perſonis, quae teſtamentum quaſi inofficioſum, vel alio modo ſubvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima ſibi relictum eſt, ad implendam eam ſine ullo gravamine, vel mora exigere: ſi tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos ſcilicet ingratos circa ſe fuiſſe teſtator dixerit: Nam ſi nullam eorum quaſi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare, et hujusmodi quaeſtionem introducere. — Et haec quidem de his perſonis ſtatuimus, quarum mentionem teſtantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate, vel legato vel fideicommiſſo, licet minorem legitima parte, reliquerint. §. 1. Si vero vel praeterierint aliquam eorum perſonam jam natam, vel ante teſtamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre conſtitutam; vel exheredatione, vel alia eorum mentione facta, nihil

eis penitus reliquerint: tunc vetera jura locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem, vel permutationem acceptura. — Durch diese Verordnung ist also die unter Ziffer 2. angeführte Inofficiositätsklage in dem Fall aufgehoben, wenn der Testator dem Pflichttheilsberechtigten zwar nicht den vollen Pflichttheil, aber doch irgend etwas, sey es auch noch so wenig, als Erbe oder als Legatar oder Fideicommissar zugewendet, und nicht aus rechtmässigen Ursachen verordnet hat, daß er nicht mehr als der Testator gerade bestimmt, erhalten soll. Trit dieser Fall ein, so soll das an sich gültige Testament mit der Inofficiositätsklage nicht umgeworfen, sondern als gültig erhalten werden, und der Pflichttheilsberechtigte soll blos auf Erfüllung des Pflichttheils in so weit als ihm daran noch fehlt, klagen können. Hätte aber der Testator dem Pflichttheilsberechtigten gar nichts zugewendet, dann soll durch diese Verordnung keine Veränderung eintreten, sondern es lediglich bey den frühern Gesetzen belassen bleiben, alsdann kann also, wann sich ein Fall dazu eignet, auch noch das ganze Testament mit der Inofficiositätsklage umgeworfen werden. — Die Worte des neuen Gesetzes zeigen auch, daß sie sich blos auf den Pflichttheil und die Inofficiositätsklage beziehen, mithin an dem unter Ziffer 1. angeführten absoluten Recht zum Erben ernannt oder namentlich enterbt zu werden, und an der

daraus entſpringenden Nullitätsklage gar nichts geändert worden iſt e).

4) Endlich erſchien auch noch im Jahr 541 die Novelle 115, worin Juſtinian beſtimmt: cap. 3. pr. Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae ſuum filium vel filiam, vel caeteros liberos praeterire, aut exheredes facere in ſuo teſtamento, nec ſi per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommiſſum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem: niſi forſan probabuntur ingrati. — §. 14. in fin. Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis cauſas, ſive certas ex his, ſive unam quamlibet parentes in teſtamento ſuo inſeruerint, et ſcripti heredes nominatam, vel nominatas cauſas, vel unam ex his veram eſſe monſtraverint, teſtamentum ſuam habere firmitatem decernimus. Si autem haec obſervata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari, ſed quantum ad inſtitutionem heredum pertinet, teſtamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab inteſtato ex aequa parte pervenire, ne liberi fal-

---

e) L. 31. Cod. de inoff. teſt.

ſis accuſationibus condemnentur, vel aliquam circumſcriptionem in parentum ſubſtantiis patiantur. Si vero contigerit in quibusdam talibus teſtamentis quaedam legata, vel fideicommiſſa, aut libertates, aut tutorum donationes relinqui, vel quaelibet alia capitula conceſſa legibus nominari: ea omnia jubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.— Cap. 4. pr. Sancimus itaque non licere liberis parentes ſuos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam, eos omnino alienare: niſi cauſas, quas enumeravimus, in ſuis teſtamentis ſpecialiter nominaverint. — §. 9. Si tales igitur cauſas, vel certas, aut unam ex his liberi ſuis teſtamentis inſcripſerint, et ſcripti ab eisdem heredes — probaverint, teſtamentum in ſua firmitate manere praecipimus. Si autem haec omnia non fuerint obſervata, nullam vim hujusmodi teſtamentum, quantum ad inſtitutionem heredum, habere ſancimus: ſed reſciſſo teſtamento, eis, qui ab inteſtato ad hereditatem defuncti vocantur: res ejus dari diſponimus: legatis videlicet vel fideicommiſſis et libertatibus et tutorum dationibus,

seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. — Cap. 5. pr. Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. Caeterum, si qui heredes fuerint nominati: etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentm quidem nullatenus solvi praecipimus, quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis injuriam praeteritionis, et exheredationis auferre. In dieser Novelle bestimmt also Justinian

a) Wenn eine Enterbung oder Präterition der Kinder und Eltern, in so fern solche nach den vorhergehenden Gesetzen nöthig und erlaubt waren, jezt gültig seyn soll, so muß eine von ihm gebilligte Ursache vorhanden und im Testament namentlich angeführt seyn.

b) Ist dieß nicht der Fall, so ist das Testament nicht wie bey der Präterition der in väterlicher Gewalt des Testators stehenden Descendenten ganz null und nichtig (Nro. 1.), sondern es ist an sich gültig, wird aber in Rücksicht der Erbeinsetzung rescindirt.

c) Justinian erklärt bestimmt, daß dieß Gesetz sich blos auf das Recht der Erbeinsetzung beziehen, in Rücksicht des Rechts auf den Pflichttheil aber durchaus nichts ändern, sondern daß es hierin ganz bey der L. 30. Cod. de inoff. testamento bleiben soll.

Dieß vorausgeschickt kann ich mich nun näher zur Natur und Beschaffenheit dieser Klagen wenden.

§. 161.

Von der Inofficiositätsklage (Querela inofficiosi testamenti). Begriff, und wer ist Kläger?

Die Inofficiositätsklage (Querela inofficiosi testamenti) ist diejenige Klage, mit welcher der, dem sie nach den gesetzlichen Bestimmungen gestattet ist, aus dem Grund, daß er in einem an sich gültigen Testament von dem ihm gebührenden Pflichttheil ausgeschlossen ist, gegen den in diesem Testament ernannten Erben darauf klagt, daß das Testament rescindirt und die Intestatsuccession eröffnet werde [a]).

Kläger kann dabey heutzutag niemand mehr seyn als ein Bruder oder eine Schwester, denn nur in Rücksicht dieser ist das ältere Recht in der Novelle 115 ungeändert geblieben; ehemals

---

a) Schrader Commentatio de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. Gött. 1802.

stand sie zwar allen Personen zu, denen ein Recht auf den Pflichttheil zustand [b]); allein die angeführte Novelle, verbunden mit der L. 30. Cod. de inoff. test. haben dieselbe in so fern als die Kinder und Eltern damit wegen Beeinträchtigung des Pflichttheils klagen wollen, so sehr in ihrem Wesen geändert, daß man die denselben jezt zustehende Klage nicht mehr für die Inofficiositätsklage halten kann, wie ich solches §. 166. zeigen werde [c]).

Den Erben dessen, welchem die Querel in den Gesetzen namentlich gegeben ist, kommt die-

---

b) L. 1. 14. 15. 30. 31. §. 1. D. L. 17. 18. Cod. de inoff. testam. C. H. Breining Diss. de differentiis juris romani et germanici in legitima et querela inofficiosi testamenti liberorum. Lipsi. 1761.

c) I. M. Schneidt Diss. de querela inofficiosi testamenti inter parentes et liberos exulc. Wirceburgi 1773. Thibaut System des Pandekten Rechts. Bd. 2. §. 1030. 1031. Trummer Diss. de querela inofficiosi testamenti fratribus uterinis haud deneganda. Erlangae 1783. Lorentz Diss. utrum Nov. 118. cap. 4. L. 27. Cod. de inoff. testam. abroget, fratribusque uterinis turpi herede scripto, legitima relinquenda sit nec ne? Goett. 1784. J. H. Böhmer Diss. de querela inofficiosi testamenti fratrum consanguineorum. Exercit. ad Digesta. Tom. 2. G. C. de Ahna Diss. de querela inoff. testam. fratrum in specie. Altorf. 1697. I. N. Hertius Diss. de fratris germani querela inofficiosi adversus quoscunque.

selbe nur alsdann zu statten, wenn derselbe sie schon bey seinen Lebzeiten angestellt, oder wenigstens den festen Vorsatz erweislichermassen gehabt hat, daß er sie anstellen wolle [d]); ausser diesen Fällen fand ehemals nur alsdann eine Ausnahme statt, wenn ein Descendent des Testators, dem eigentlich die Inofficiositätsklage zustand, während der Zeit, wo der eingesezte Erbe noch deliberirte, oder überhaupt in der Zwischenzeit vom Tod des Testators bis zum Antrit seiner Erbschaft von dem eingesezten Erben, gestorben war, in welchem Fall nämlich die Descendenten desselben auch dann die Querel anstellen konnten, wenn der Verstorbene sie noch nicht präparirt hatte [e]). Allein da heut zu Tag die Descendenten überhaupt jene Querel nicht mehr anstellen können, so kann auch diese Ausnahme keine Anwendung mehr finden. — Wenn auch der Pflichttheilsberechtigte die Inofficiositätsklage angestellt oder präparirt, aber seinen Vorsatz auch schon wieder geändert hat, so können nach seinem Tod seine Erben die Querel nicht mehr anstellen, oder fortsetzen [f]).

---

d) L. 5. Cod. L. 6. §. 2. L. 7, D. de inoff. testam.

e) L. 34. 36. §. 2. Cod. de inoff. test. I. E. Völcker praesid. Walch Diss. de transitu querelae inofficiosi testamenti ad heredes. Ienae 1772.

f) L. 15. §. 1. D. de inoff. test.

§. 162.

Wer ist der Beklagte bey der Inofficiositätsklage?

Der Beklagte ist bey der Inofficiositätsklage stets der im Testament eingesezte Erbe, welcher ein Erbrecht aus dem Testament herleitet [a]), ohne Rücksicht, ob er die Erbschaft besizt oder nicht, denn die Klage geht eigentlich gegen das Testament [b]), folglich auch nur gegen den, der aus dem Testament Gerechtsame herleitet [c]). Hätte z. B. eine Person die Erbschaft im Besitz, eine andere aber wäre im Testament zum Erben eingesezt, so würde der Querulant nicht gegen die erstere mit der Inofficiositätsklage zum Vorschein kommen können, sondern damit müßte er gegen die leztere klagen. Daraus folgt von selbst, daß der Testamentserbe nicht früher mit der Querel in Anspruch genommen werden kann, als bis er die Erbschaft angetreten hat, denn trit er wohl die Erbschaft nicht an, so kann das Testament als

---

a) L. 27. §. 3. L. 30. pr. D. L. 1. 2. 10. Cod. de inoff. test.

b) L. 31. §. 1. D. de inoff. testam. wo der Querulant sogar gegen das Testament zu klagen berechtigt wird, wenn er selbst die Person des eingesezten Erben vorstellt, indem er auch dessen Erbe geworden ist.

c) L. 2. 3. 5. 6. seqq. D. L. 5. 7. seqq. Cod. de inoff. test.

destitutum ungültig werden, wodurch es der Querel nicht bedürfte [d]). — Die Erben dessen, der im Testament zum Erben eingesezt worden, und alle diejenige, welche an dessen Stelle gekommen sind, müssen sich eben so wie jener auf die Querel einlassen [e]); selbst gegen den Kaiser, wenn er im Testament zum Erben ernannt war, [f]) und gegen den Kaiserlichen Fiskus, wenn er das Vermögen des eingesezten aber verstorbenen Testamentserben als eine herrnlose Sache an sich gebracht hatte, konnte ehemals mit der Inofficiositätsklage geklagt werden [g]). Da diese Klage aber jezt nur noch den Geschwistern zusteht, und diese sich ihrer nur gegen eine entehrte im Testament zu Erben eingesezte Person bedienen können [h]), so folgt von selbst, daß beide heut zu Tag nur alsdann damit belangt werden können, wenn sie Erben und Nachfolger einer entehrten Person sind, denn als Kaiser und als Fiskus können sie nicht für entehrte Personen geachtet werden. — Sollte der eingesezte Erbe die Erbschaft an einen

---

d) L. 8. §. 10. D. de inoff. test.

e) Hofacker Princip. juris civilis. T. 2. §. 1698. Luc. van de Poll de exheredat. et praeteritione. cap. 82. §. 7.

f) L. 8. §. 2. D. de inoff. test.

g) L. 10. Cod. de inoff. test.

h) L. 27. Cod. de inoff. testam.

einen Fideicommissar abgegeben haben, so kann auch dieser mit der Inofficiositätsklage belangt werden, denn er wird nun als Testamentserbe angesehen [i]).

Die Testamentserben bleiben zwar immer die Hauptbeklagte, da aber die Klage auf Rescission des ganzen Testaments, mithin auch auf Ungültigkeit der Legate geht, so sind die Legatarien auch berechtigt, ihre Gerechtsame zu vertheidigen und als Intervenienten bey dem Proceß aufzutreten [k]). —— Der competente Gerichtsstand bey dieser Klage ist stets der des Wohnorts des eingesezten Erben [l]).

§. 163.

Grund der Inofficiositätsklage. — Wann findet sie Platz?

Der Grund der Inofficiositätsklage liegt in der unbilligen Ausschliessung von dem gebührenden Pflichttheil, in einem an sich gültigen Testament [a]). Diese Ausschliessung erfordert, daß der, welcher die Querel anstellen will, von

---

i) L. r. Cod. de inoff. testam.

k) L. 29. pr. D. de inoff. testam.

l) L. 29. §. 4. D. de inoff. testam. Huber Praelect. ad Dig. L. 5. T. 2. §. 49. P. C. Dodt Praes. Meister Diss. ubi de hereditate agatur. Goett. 1776.

a) pr. Inst. de inoff. testam. L. 2. D. eod.

dem ganzen Pflichttheil ausgeschlossen sey, daß er im Testament gar nichts erhalten habe, denn hat er irgend etwas darin bekommen, so kann er nicht mit der Inofficiositätsklage, sondern blos mit der condictio ex L. 30. Cod. de inoff. testam. klagen [b]). Die Art, wie die Ausschliessung geschieht, kann zweyerley seyn, nämlich entweder Enterbung oder Uebergehung; dieß kann nun wieder geschehen, daß der Testator entweder gar keine Ursache angiebt, warum er die Enterbung oder Präterition vornimmt, oder daß er zwar eine Ursache sagt, die aber eine solche ist, daß sie der Richter nicht für hinreichend halten kann, oder daß er zwar eine erhebliche und hinreichende Ursache sagt, die aber nicht in der Wahrheit gegründet ist. In allen diesen Fällen ist der Pflichttheilsberechtigte rechtswidrig von dem Pflichttheil ausgeschlossen, und er kann daher die Inofficiositätsklage dadurch begründen [c]). Der Umstand allein: daß dem Querulant der Pflichttheil nicht gesetzmäßig entzogen worden sey, ist aber noch nicht hinreichend, sondern er muß auch zeigen, daß

---

b) §. 3. Inst. de inoff. test. Paulus Recept. sentent. Lib. 4. T. 5. §. 5.

c) Stein Versuch einer theoretisch praktischen Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben. Erlangen 1798. §. 9. 10. 12. und 34.

er den Pflichttheil verdient habe [d]), daß er nämlich sich so gegen den Testator betragen habe, wie die natürliche Liebe und das Band seiner Verwandtschaft mit dem Testator es erfordern. Dieß ist die deutliche Bestimmung der L. 28. Cod. de inoff. testam. welche, in so fern sie sich auch auf den Pflichttheil der Geschwister bezieht, nirgends aufgehoben worden ist, daher noch heut zu Tag befolgt werden muß [e]). Mehrere Rechtsgelehrte behaupten zwar, daß blos der Testamentserbe die Wahrheit der Enterbungsursache beweisen müsse [f]); allein ihre Gründe stützen sich lediglich auf den von ihnen unrichtig angegebenen Beweispunkt: als müsse der Bruder beweisen, er sey nicht undankbar gewesen:

---

d) L. 3. 5. §. 1. L. 22. §. 1. D. de inoff. testam.

e) Leyser Meditat. ad Pandect. Spec. 93. corol. 1. Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten. §. 570. C. F. B. Hommel Diss. de differentiis inter querelam inofficiosi quae parentibus ac liberis, et quae fratribus competit. Erfordiae 1777. §. 8. Höpfner Commentar zu den Heineccischen Institutionen. §. 533. not. 2. Stryck Cautelae testamentorum. cap. 19. §. 42. Gasser Diss. de origine querelae inofficiosi. §. 29.

f) M. H. Griebner Diss. utrum fratres instituta querela inofficiosi testamenti probare teneantur se non fuisse ingratos? Wittemb. 1710. chorch Diss. quaest. special. circa inofficiosum testamentum continens. §. II. C. F. Paelicke Diss. de erro-

da aber der Beweis vielmehr dahin geht: daß er sich liebevoll betragen und den Pflichttheil daher verdient habe, da mithin durchaus kein Beweis einer direkten Negative erfordert wird, so stehen diese Gründe in keiner Rücksicht mir entgegen. Berger[g]) vertheidigt die gegentheilige Meinung aus dem Grund, weil die Novelle 115, cap. 3 und 4., wo den Testamentserben der Beweis der Enterbungsursachen gegen Kinder und Eltern aufgelegt wird, in der Novelle 22, cap. 46, §. 3 und 4. auch auf die Geschwister gezogen werde; allein abgerechnet, daß die Novelle 22. nichts sagt, was man darauf beziehen könnte, so ist sie fünf Jahre älter als die Novelle 115, nämlich die Novelle 22 erschien im Jahr 536, und die Novelle 115 erst im Jahr 541, es ist also unmöglich, daß man sich bey der Abfassung der erstern schon auf die leztere habe beziehen können, da diese damals noch gar nicht existirte.

Wenn nun gleich heut zu Tag die Inofficiositätsklage nicht mehr durch die ehemals fin-

---

ribus quibusdam circa querelam inofficiosi testamenti. Helmst. 1763. 9. I. H. Fuchs Diss. de impugnatione testamenti fraterni per querelam inofficiosi. Traj. ad Viadr. 1692. Müller Promtuarium jur. nov. Vol. 6. pag. 236. art. Querela inofficiosi testam. §. 28. Stein a. a. O. §. 34. Hofacker Princip. jur. civ. §. 1694.

g) Berger Oeconomia juris L. 2. T. 4. §. 17. not. 7.

girte Verstandesberaubung des Testators [h]), sondern mehr durch eigene Gesetze begründet wird [i]), so haben sich doch einige aus dieser Fiction entsprungene Principien noch bis jezt erhalten; dahin gehört dann

1) daß mit der Inofficiositätsklage nur dann geklagt werden kann, wann der Pflichttheilsberechtigte keine andere Klage hat, mit der er auslangen kann, sie ist nur subsidiarisch, nur das lezte Hilfsmittel [k]). Wenn der Querulant aber mit der Inofficiositätsklage nichts ausgerichtet hat, so kann er doch noch andere ihm zustehende Klagen anstellen, und eben so kann er noch zur Querel seine Zuflucht nehmen, wenn er andere Rechtsmittel vorher ohne glücklichen Erfolg versucht hat [l]).

---

h) L. 2. L. 5. §. 1. D. de inoff. testam.

i) L. 27. Cod. de inoff. test. Schmidts Theoretisch-praktischer Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. Bd. 3. §. 544. Bynkershoec Observat. jur. roman. L. 2. obs. 12. I. H. Böhmer Doctrina de actionibus. Sect. 2. cap. 3. §. 37. pag. 223.

k) §. 2. Instit. de inoff. test. L. 4. Cod. de necessariis heredibus instituendis. L. 4. Cod. de inoff. donat. Püttmann Querela inofficiosi testamenti, remedium subsidiarium, in Adversar. L. 1. Claproth Abhandlung von Testamenten, Codicillen und Vermächtnissen. §. 54. S. 205.

l) L. 8. §. 12. D. L. 14. 16. Cod. de inoff. testam. Püttmann Diss. ad L. 16. Cod. de inoff. testa-

2) Wenn in dem Gericht, das über die Inofficiositätsklage erkennt, Paria entstehen, so daß die Hälfte der Richter für, und die andere Hälfte gegen den Rechtsbestand der Klage stimmt, so geht die Meinung derer vor, welche für die Erhaltung des Testaments, also gegen die Inofficiositätsklage stimmen [m]).

3) Derjenige, welcher mit der Inofficiositätsklage gegen das Testament geklagt, also gewissermassen nach der alten Fiction den Testator einer Verstandeslosigkeit beschuldigt hat, verliert alsdann, wann er mit seiner Klage nicht durchgedrungen, sondern abgewiesen worden ist, alle diejenigen Vermächtnisse, welche ihm in diesem Testament verlassen worden sind; sie fallen nämlich dem Fiscus anheim, und der eingesezte Erbe behält sie nicht für sich. Diese Strafe kann jedoch nur alsdann realisirt werden, wenn der Querulant den Prozeß bis zum Endurtel betrieben hat; denn wenn er zwar die Klage angestellt, sie aber nachher nicht fortgesezt und in contumaciam gegen sich hat sprechen lassen, oder wenn er während des Prozesses gestorben ist, so kann der angeführte Nachtheil ihn nicht

---

mento. Westphal von Testamenten ꝛc. ꝛc. §. 1022.

m) L. 10. pr. D. de inoff. testam. Claproth von Testamenten, Codicillen und Vermächtnissen. §. 54. S. 210.

treffen [n]). Da heut zu Tag die Geschwister, so bald ihnen irgend etwas im Testament zugewendet worden, nicht mehr mit der Inofficiositäts, sondern mit der Suppletorischen Klage (§. 167.) auftreten müssen, so kann jezt dieses Präjudiz nur dann gegen den Kläger selbst realisirt werden, wenn er eine unrichtige Klage gewählt, und statt der Suppletorischen, die Inofficiositätsklage, angestellt hat, oder wenn sie aus einem von den im §. 165. vorkommenden Gründen nicht mehr Statt findet. Allein praktisch bleibt das angegebene Gesez doch immer, denn nicht blos der Kläger selbst, sondern auch diejenigen, welche ihm mit Rath oder durch Bürgschaft zur Anstellung der Klage beygestanden und ihn darin unterstüzt haben, sind beym Eintrit der so eben vom Kläger aufgezählten Erfordernisse, der nämlichen Strafe wie der Kläger selbst unterworfen, sie verlieren nämlich alles, was ihnen in dem fälschlich als inofficiös angeklagten Testament zugewiesen worden ist [o]); eben dieß trit auch bey demjenigen ein, welcher die Inofficiositätsklage mit seinem Zeugniß unterstüzt hat, wenn demohnerachtet die Klage nicht durchgegangen ist [p]). Nur wenn ein Vormund Namens seines Pflegbefohlenen diese Klage anstellte und verlor, so trift die Strafe der Pri-

---

n) L. 8. §. 14. D. de inoff. test.

o) L. 5. §. 11. D. de his quae ut indignis auferuntur.

p) L. 5. §. 10. D. de his quae ut indignis auferuntur.

vation nicht den Vormund in den seiner eigenen Person zugewiesenen Legaten, weil sein Amt ihn entschuldigt q); und der Pflegbefohlene kann gegen die Privation der ihm zugewiesenen Legaten um Restitution bitten, so daß auch dieser nichts verliert r). — Diese Strafe des Verlusts der Legate trift blos denjenigen, der die Inofficiositäts-klage selbst angestellt und bis ans Ende fortgesezt hat s); stirbt derselbe aber vor entschiedenem Prozeß, und sein Erbe sezt die Klage fort, so gehen zwar, wenn das Testament für gültig erkannt wird, diejenigen Legate verloren, welche der Erblasser dem, der die Querel angefangen hat, zugewiesen hatte; allein der Erbe des Pflichtheilsberechtigten, der die von diesem schon angefangene Querel blos fortsezt, verliert die Legate nicht, die ihm für seine eigene Person und unmittelbar aus dem Testament zugesichert sind, er verliert also blos die ererbten Legate t); und umgekehrt verliert der mit der Inofficiositätsklage

---

q) §. 5. Inst. L. 30. §. 1. D. de inoff. test. L. 22. D. de his quae ut indignis auferuntur.

r) L. 5. §. 9. D. de his quae ut indignis auser. Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. Leipzig 1790. §. 1054. ff. Stein von pflichtwidrigen Testamenten. §. 40. Paulus Recept. sentent. L. 5. T. 12. §. 4.

s) L. 8. Cod. de his quae ut indig. auser. Cocceji Jus civile controvers. L. 5. T. 2. qu. 24.

t) L. 22. §. 2. D. de inoff. test.

Abgewiesene diejenigen Legate auch nicht, auf die er als Erbe eines Legatars Ansprüche macht[u]). — Die Schenkungen auf den Todesfall sind aber den Legaten in der gegenwärtigen Rücksicht nicht gleich zu achten, sondern der mit der Inofficiositäts-klage abgewiesene Querulant behält dergleichen Schenkungen[v]).

§. 164.

Wirkung der Inofficiositätsklage.

Die Wirkung der Inofficiositätsklage ist, daß das Testament, worin der Querulant vom Pflichttheil ausgeschlossen ist, rescindirt, und völlige Intestatsuccession eröffnet wird[a]). Diese Wirkung kann sie nicht haben, daher auch nicht angewendet werden, wenn das Testament gleich bey seiner Errichtung oder durch einen nachher aber doch vor angestellter Inofficiositätsklage sich ereigneten Umstand keine Gültigkeit hat, wie z. B. bey einem testamento irrito, injusto, rupto, destituto; sondern sie sezt ein an sich gültiges Testament voraus[b]), und hebt die Dispositionen aller Art, welche das Testament enthält, völlig auf; sobald das Testament durch die

---

u) L. 5. §. 7 et 8. L. 7. Cod. de his quae ut indignis aufer.

v) L. 5. §. 17. Cod. eod.

a) L. 6. §. 1. D. de inoff. test.

b) L. 2. D. de inoff. test. pr. Inst. eod.

Inofficiositätsklage rescindirt worden ist, so kann nichts, es sey auch was es wolle, aus dem Grund, weil es in diesem Testament verordnet worden, rechtlich gefordert und ausgeübt werden c), es wird angesehen, als hätte der Testator keinen Verstand gehabt und deswegen gar keine lezte Willensdisposition machen können d).

Indessen läßt es sich doch nicht behaupten, daß durch eine angestellte und durch obsiegendes Urtel begründete Inofficiositätsklage immer das ganze Testament aufgehoben werde, sondern man muß dabey die Fälle sehr behutsam unterscheiden. Ist nur ein Pflichttheilsberechtigter da, der die Inofficiositätsklage anstellen kann, und ist nur ein Erbe im Testament eingesezt, alsdann leiden obige Sätze keinen Zweifel und keine Aenderung. Sind aber mehrere Erben im Testament ernannt, von denen ein Theil ehrbar, der andere Theil unehrbar ist, alsdann ist die Inofficiositätsklage der Geschwister nur gegen die leztern gegründet, und das Testament wird nur in so fern rescindirt, als es zum Vortheil der unehrbaren Erben disponirt; das, was diesen zugewie-

---

c) L. 8. §. 16. L. 13. L. 17. §. 1. L. 28. D. de inoff. test. L. 36. D. de legatis III.

d) Berger Oeconomia juris. L. 2. T. 4. thes. 17. n. 12. Gail L. 2. obs. 113. Consilia Tubingensia. Vol. 8. cons. 3. n. 46. ff. Müller Promt. jur. nov. Vol. 6. pag. 236. Querel. inoff. §. 30.

sen ist, verliert seine Gültigkeit, und auf diesen Theil trit Intestatsuccession ein[e]; alles aber, was zum Vortheil der zu Erben ernannten ehrbaren Personen disponirt ist, bleibt gültig[f]. Ist die unehrbare Person also nur auf eine einzelne Sache zum Erben ernannt, so fällt auch nur diese den Intestaterben zu, alles Uebrige aber behalten die ehrbaren Testamentserben nach der Vorschrift des Testaments; ist aber jene auf eine Quote zum Erben eingesezt, so fällt nicht nur die Quote des Erbtheils, sondern auch ein eben so grosser Theil von allen Legaten u. s. w. an die Intestaterben[g], es sey denn, daß die Legate ausschließlich einem bestimmten Erben zu leisten zugewiesen worden seyen, wo dann dieser, wenn er ehrbar ist, mithin seine Erbportion behält, solche ungeschmälert entrichten muß. Im umgekehrten Fall, wenn von mehrern Pflichttheilsberechtigten nur einer durch das Testament gravirt ist, so wird das Testament in so weit rescindirt als der gegen den die Querel mit Erfolg angestellt worden, ein Recht aus dem Testament herleitet, obgleich der Vortheil dieser Rescission nicht immer ganz, sondern nur in so weit dem Kläger zu statten kommt, als er nach seiner Concurrenz

---

e) L. 24. D. de inoff. test.

f) L. 8. §. 5. L. 15. §. 2. L. 19. D. de inoff. test.

g) L. 13. Cod. de inoff. testam. Cocceji Jus civile controversum L. 5. T. 2. qu. 16.

mit den übrigen Pflichttheilsberechtigten einen Anspruch auf das Vermögen des Erblassers hatte[h]); z. B. eine Schwester sezt einen unehrbaren Fremden auf zwey Drittel, ihre älteste Schwester auf ein Drittel zu Erben ein, und übergeht die jüngste Schwester. Diese klagt gegen den unehrbaren Fremden mit der Querel und gewinnt, alsdann kann sie nicht die diesem zugewiesene zwey Drittel der Erbschaft prätendiren, sondern nur die Hälfte, denn sie concurrirte ja mit einer ältern Schwester in der Intestaterbfolge, konnte also nur von der Hälfte des Vermögens den Pflichttheil verlangen; demohnerachtet behält der Fremde das nach Abzug dieser Hälfte von seiner Testamentserbportion übrig bleibende ein Sechstel doch nicht, denn er verlor durch die Inofficiositätsklage alle Rechte, die er durch das Testament hatte, dieses Sechstel fällt der ältern Schwester zu, so daß diese die andere Hälfte der ganzen Verlassenschaft bekommt[i]). — Daß in diesen Fällen, wo das Testament nur zum Theil rescindirt wird, der Testator pro parte testatus, pro parte intestatus gestorben sey, ist blos

---

h) Schrader Commentat. de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. Sect. 3. cap. 4. §. 99.

i) L. 19. D. de inoff. test. Westphal von Testamenten. §. 1042. Stein von pflichtwidrigen Testamenten. §. 36.

scheinbar, das pflichtwidrige Testament war ja gültig, folglich starb der Testator nicht pro parte intestatus, es wurde aber nachher zum Theil rescindirt, und das kann dem, was vorher gewesen ist, nichts schaden[k]). — — Bey dem Pflichttheil an sich hängt zwar, wie ich oben gezeigt habe (§. 143.), das jus accrescendi von dem Umstand ab, ob derselbe mit Erbrecht hinterlassen worden ist, oder nicht; anders aber verhält es sich mit dem Klagerecht bey der Querel, hierbey trit das jus accrescendi vollkommen ein. Wenn nämlich mehrere zur Inofficiositätsklage Berechtigte vorhanden sind, so werden sie angesehen, als machten sie zusammen Ein Corpus aus, in welchem die gesammten Klagen der einzelnen Glieder sich zu Einer Klage vereinigen: will oder kann nun eins dieser Glieder seinen Antheil an diesem Klagerecht nicht benutzen, weil es z. B. sich seines einzelnen Klagerechts begeben, oder die Anstellung der Klage zu lange verschoben, oder den Prozeß, den es zwar angefangen gehabt, wieder liegen gelassen hat u. s. w., so können alle dergleichen Handlungen eines einzelnen Glieds und Pflichttheilsberechtigten den übrigen nicht präjudiciren; zwar ist das Klagerecht für das einzelne Glied verloren, allein es fällt dem ganzen Corpus, den übrigen Pflichttheilsberechtigten, sollte dieß auch nur ein einziger

---

k) Haubold Diss. de causis cur idem et testato et intestato decedere non possit. Lipsiae 1788.

seyn, zu, und diese oder dieser erlangen nun durch die Klage alles das, was der Andere dadurch erlangt haben würde, wenn er sein Recht gehörig verfolgt hätte[1]).

Der Zweck der Inofficiositätsklage ist also völlige Rescission des Testaments und Eröffnung der Intestatsuccession[m]), in so fern der Querulant nicht ausdrücklich blos auf Rescission eines Theils desselben geklagt hat[n]); wenn aber der Querulant sein Gesuch auf das ganze Testament gerichtet und gesiegt hat, so wird die Succession ohne alle Rücksicht auf die Person dessen, welcher die Querel angestellt und das Testament dadurch rescindirt hat, lediglich den eigentlichen

---

1) L. 16. pr. L. 17. pr. L. 23. §. 2. D. de inoff. testam. Hofacker Principia juris civilis. T. 2. §. 1700. Hommel Diss. Victoria querelae inofficiosi tertio proficua. Halae 1719. Reuter Diss. de effectu querelae inofficiosi testamenti juxta ordinem edicti successorii institutae intuitu non querentis. Halae 1749. Vinnius Quaest. select. L. 1. c. 21. Luc van de Poll de exhered. et praeterit. cap. 78. §. 12. Stein a. a. O. §. 37.

m) L. 17. pr. et §. 1. D. L. 29. 30. 31. Cod. de inoff. testam.

n) L. 15. §. 2. D. de inoff. test. Luc van de Poll a. a. O. cap. 81. Noodt Commentar. ad Tit. de inoff. test. p. m. 164. Hillinger ad Donellium L. 19. c. 10.

Intestaterben überlassen o), wie die Novelle 118 dieselben zur Succession ruft p). Wie daher schon nach älterem Recht manche Personen die Inofficiositätsklage anstellen konnten, welche kein Intestaterbrecht hatten q), und wenn sie auch im Proceß gesiegt hatten, doch nicht zur Erbschaft gelangten r), sondern nur den Zweck erreichten, daß kein Testament mehr existirte, in welchem sie unrechtmässig exheredirt oder präterirt waren, die Erbschaft selbst aber den eigentlichen Intestaterben anfiel s); eben so trit dieß auch heut zu

---

o) L. 6. §. 1. L. 17. 19 D. de inoff. test. L. 25. §. 1. D. eod. Schrader de nexu successionis ab intestato et querel. inoff. test. §. 102.

p) Luc van de Poll a. a. O. cap. 81. §. 9 ff. Puffendorf observationes juris universi. T. 2. obs. 9. Cocceji Jus civile controversum. L. 5. T. 2. qu. 15. Wernher Select. observat. forens. T. 1. P. 1. obs. 270. Müller ad Struv Exercitat. 10. thes. 24. Hofacker Princip. jur. civil. T. 2. §. 1701. Vinnius Comment. ad Institut. L 2. T. 18. §. 1. Bachov ad Treutlerum Disp. 13. thes. 4. Hommel Diss. Citat. Koch Diss. Quatenus testator per querelam inofficiosi reddatur intestatus. Stein a. a. O. §. 39. Reuter Diss. citat. Breuning Diss. an juste exheredatus succedat, rescisso patris testamento filio altero inique exheredato.

q) L. 14. 25. §. 1. L. 30. 31. pr. D. de inoff. test.

r) L. 6. §. 1. D. de inoff. test.

s) L. 21. §. 2. D. de inoff. testamento.

Tag noch ein. Wenn z. B. ein Halbbruder die Inofficiositätsklage angestellt und das Testament damit rescindirt hat, so können die im Testament übergangenen Kinder eines vorher gestorbenen vollbürtigen Bruders die Erbschaft Kraft ihres Intestaterbrechts antreten, und sie schliessen sodann die Querulanten von der Erbschaft ganz aus, er trägt nichts davon als die Satisfaction, daß er nun nicht durch ein Testament unrechtmässig ausgeschlossen ist. Auch wenn der eine Bruder in dem Testament gültig enterbt worden, der andere aber die Inofficiositätsklage mit glücklichem Erfolg angestellt hat, so kann doch der leztere nicht die ganze Erbschaft prätendiren, sondern der andere Bruder participirt in der Intestatsuccession mit ihm, obgleich dieser vor Rescission des Testaments durch seines Bruders Klage keine eigene Klage hatte. In solchen Fällen trift es sich also, daß derjenige, welcher die Querel angestellt hat, keinen oder wenigstens nicht den vollen reellen Gewinn dadurch zieht. — Andere behaupten, daß nach erfolgter Rescission des Testaments nur diejenigen die Erbschaft erhielten, welchen die Querel, und zugleich ein Intestaterbrecht zustehe[t]); allein nach dieser Meinung würde eine schreckliche Lücke in der Gesetzgebung bey solchen Fällen sich zeigen, wo der wahre Intestaterbe die Querel nicht anstellen kann,

---

t) Voetius ad Digesta L. 5. T. 2. §. 11. Noodt L. 5. T. 2. p. 164.

kann, und der, dem die Querel zusteht, nicht Intestaterbe ist, wovon die vorhin, Note q., angeführten Gesetze Beyspiele abgeben; wer sollte da die Erbschaft bekommen? Ein Testamentserbe existirt nicht, der Querulant hat kein Intestaterbrecht, und der Intestaterbe hat kein Recht zur Querel! — Ueberdieß sind auch die Gründe der angeführten Rechtsgelehrten, welche dieß behaupten, ganz unerheblich, und besonders von dem Herrn Kanzler Koch a. a. O. widerlegt. — Eben die schon oft berührte Gewißheit: daß die Inofficiositätsklage nicht immer solche Personen trift, welche die Intestaterbfolge haben, und daß nach ausgeführter Inofficiositätsklage die Erbschaft des Testators den wahren Intestaterben anfällt, beweist auch, daß die Querel keine eigentliche Erbschaftsklage, sondern von dieser ganz verschieden ist[u]; denn nicht immer erhält der die Erbschaft, der das Testament als inofficiös anfechten kann, und es gehört doch zum Wesen einer jeden Erbschaftsklage, daß sie auf Herausgabe der Erbschaft an den Kläger gerichtet werde[v]; dieß Lezte aber kann bey der Inofficiositätsklage, nach dem Angeführten, nicht immer eintreten, es fehlt ihr also an einem wesentlichen Requisit der Erbschaftsklagen, und sie kann daher für eine solche nicht gehalten werden. Haupt-

---

u) Paulus Recept. sentent. L. 4. T. 5. §. 4. qui inofficiosum dicere potest, hereditatem petere non prohibetur.

v) L. 10. §. 1. D. de hereditatis petitione.

sächlich bestätigt dieß die L. 25. §. 1. D. de inoff. test. wo ein dem Grad oder der Klasse nach entfernterer die Querel cum effectu soll anstellen können, wenn die dem Grad oder der Klasse nach nähere gültig ausgeschlossen sind; dieser effectus kann also in nichts bestehen als in der Rescission des Testaments, weil die Erbschaft an die Intestaterben fällt und der Querulant zu diesen nicht gehört [w]). Dieß einzige Argument wird zur Vertheidigung der angenommenen Meinung: daß die Inofficiositätsklage ein blosses remedium rescindens sey, schon hinreichen, ohne der von andern Rechtsgelehrten angegebenen Gründe zu erwähnen [x]). — Herr Stein [y]) will sich zwar

---

w) L. 17. pr. D. de inoff. testam. „Si de inofficioso testamento patris, alter ex liberis ageret, quia rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur.

x) Schilter ad Digest. L. 5. T. 2. thes. 7. A. Faber in rational. ad L. 6. §. 1. D. de inoff. test. T. 2. P. 1. pag. 108. Thomasius ad Huberi Praelection. P. 2. L. 4. T. 2. §. 4. Hahn ad Wesenbeck L. 5. T. 2. qu. 2. Brunnemann ad Codicem auth. non licet Cod. liberis praeteritis. Henr. de Cocceji de diverss. judic. rescind. et rescissor. Sect. 4. Woltaer Observat. jur. civil. Fasc. 2. obs. 27. §. 2. ff. Reuter Diss. de effectu querelae inofficiosi testamenti. Halae 1749. §. 26. ff. C. G. Haubold Diss. de different. inter testamentum nullum et inofficiosum. cap. 4.

y) Stein von pflichtwidrigen Testam. §. 22. S. 81. ff.

gegen diesen Entscheidungsgrund damit schützen, daß er behauptet, wenn jemand, der nicht der nächste Intestaterbe ist, mit der Inofficiositätsklage das Testament rescindirt hat, so könne das nur zufälliger Weise geschehen, weil der Querulant entweder von dem nächsten Intestaterben nichts gewußt, oder geglaubt, daß derselbe sich der Querel begeben, kurz, weil demselben Niemand widersprochen und seinen Vorzug geltend gemacht habe. Allein eben dieser Stein gesteht in der Folge §. 39. S. 170. ff. selbst ein, daß es viele Fälle giebt, die er auch namentlich aufzählt, wo der, welcher die Querel anstellt, von keinem nähern zur Querel Berechtigten ausgeschlossen wird, und wo sich doch nähere Intestaterben als er finden. Hier trit also nicht Zufall, sondern Nothwendigkeit, wahre Uebereinstimmung der Umstände mit den Gesetzen, ein, mithin bleibt der angegebene Entscheidungsgrund noch ganz unwiderlegt. Des nämlichen Widerspruchs wie Stein macht sich auch Schrader [z]) schuldig, wann er gegen die Behauptungen in den §§. 53 bis 61. doch in den §§. 69 und 75 eingestehen muß, daß in manchen Fällen der Querulant, der zur Inofficiositätsklage

---

z) Der neueste und eifrigste Vertheidiger der Meinung, daß die Inofficiositätsklage eine Erbschaftsklage sey, in der so wohl aufgenommenen Commentatio de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. Goett. 1802.

völlig berechtigt ist, doch am Ende nichts von der Erbschaft erhält; — und doch soll dieß eine Erbschaftsklage seyn! — Daß aber derjenige, der weder in der ihm zustehenden Inofficiositätsklage, noch in der Intestaterbfolge von einem näheren ausgeschlossen wird, die Erbschaftsklage mit jener in Einem Libell zusammen vorbringen könne, das leidet keinen Zweifel, und von solchen Fällen reden auch alle die Gesetze [aa]), welche Vertheidiger der Meinung, daß die Inofficiositätsklage eine Erbschaftsklage sey [bb]), anführen.

Da die Verlassenschaft nach erfolgter Rescission durch die Inofficiositätsklage, ganz in

---

aa) L. 8. §. 8. L. 20. L. 21. §. 2. L. 27. §. 3. D. de inoff. testam. L. 34. Cod. de inoff. test. L. 20. D. de bonor. possess. contra tabulas.

bb) I. H. Böhmer Doctrina de actionibus. Sect. 2. cap. 3. §. 31. Vinnius Selectae juris quaestiones. L. 1. cap. 19. Luc. van de Poll de exheredatione et praeteritione. cap. 81. §. 18. ff. Hofacker Principia juris civilis. §. 1690. Westphal von Testamenten. §. 1019. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 547. E. G. Schmidt Commentar zu diesem Lehrbuch Bd. 3. §. 547. B. H. Reinold Diss. de causis in quibus etiam nunc querela inofficiosi est necessaria. §. 4. Stein von pflichtwidrigen Testamenten. §. 22. Voetius ad Dig. L. 5. T. 2. §. 4.

die Intestaterbfolge zurück gebracht wird, so ist es eine aus der Natur der Sache herfliessende und durch Gesetz bestätigte Folge, daß auch der im Testament eingesezte Erbe gegen den nunmehrigen Intestaterben alle seine Rechte geltend machen kann, die er ohne jemalige Existenz des Testaments geltend machen konnte; er kann also seine an den Verstorbenen gehabte Schuldforderungen gegen den Intestaterben einklagen, oder auch solche bey Uebergabe der Erbschaft compensiren [cc]). Da der Testamentserbe die Erbschaft unter einem rechtmässigen Titel, nämlich kraft eines an sich gültigen Testaments besaß, so muß er auch für alles, was er nach Vorschrift des Testaments vorgenommen hat, billig entschädigt werden [dd]). Hat derselbe nun etwa schon Legate, die im rescindirten Testament verordnet waren, entrichtet, so kommt's darauf an, ob er sie vor erhobener Inofficiositätsklage schon bezahlt hatte, oder ob er es erst nachher gethan hat, im ersten Fall muß der Intestaterbe sie von dem Legatar zurück fordern, im lezten Fall aber muß der Testamentserbe solches thun [ee]). Hätte der Testamentserbe aber gewußt, daß das Testament inofficiös sey, und dennoch die Bezahlung der Legate oder Fideicom-

---

cc) L. 21. §. 2. D. de inoff. test. L. 22. 26. Cod. eod.

dd) L. 26. D. de inoff. test.

ee) L. 8. §. 16. D. de inoff. test.

misse vollzogen, so muß er zwar dem Intestaterben für die ganze Erbschaft haften, aber gegen die Legatarien und Fideicommissarien hat er keine Klage auf Rückforderung des Bezahlten, weil er wissentlich etwas, das er nicht schuldig war, bezahlt hat; der Schaden bleibt also lediglich dem Testamentserben zur Last [ff]).

Damit das Testament auch in Rücksicht der Legaten zerfalle, wird erfordert: daß die Sache gehörig verhandelt, und durch ein Endurtel entschieden worden sey; denn ist blos in contumaciam gegen den Testamentserben gesprochen worden, so muß der Pflichttheilsberechtigte und jetzige Erbe, die Legate bezahlen [gg]).

Eine ausgezeichnete Eigenheit findet bey dieser Klage alsdann Statt, wenn ein armer Minderjähriger ein Testament als inofficiös anfechtet, in erster Instanz gewinnt, und der Testamentserbe gegen das Urtel appelliret, alsdann muß dieser dem Kläger so lange bis in höherer Instanz definitiv gesprochen ist, die nöthigen Alimente nach dem Verhältniß der Grösse der Verlassenschaft verabreichen, obgleich weder für ihn noch für den Kläger eine rechtskräftige Entscheidung existirt, und er selbst keine Hoffnung hat, die Alimente, welche er giebt, je-

---

ff) L. 21. §. 1. D. de inoff. test. Westphal a. a. O. §. 1049. ff.

gg) L. 17. §. 1. D. eod.

mals wieder zu erhalten, indem ein armer Kläger dabey vorausgesezt wird hh).

Von dem, was in einem als inofficiös aufgehobenen Testament verordnet ist, muß man sorgfältig dasjenige unterscheiden, was der Testator unter den Lebendigen disponiret hat, solche Dispositionen behalten ihre Gültigkeit, und die Inofficiosität eines Testaments hat auf sie keinen Einfluß ii).

§. 165.

Wann findet die Inofficiositätsklage nicht Statt?

Es können sich Fälle ereignen, wo die Inofficiositätsklage nicht Statt findet, wenn sie gleich nach ihren eigenen allgemeinen Erfordernissen Statt finden sollte; solche die Querel hindernde Umstände sind nun vorzüglich die Entsagung des Pflichttheilsberechtigten auf die Klage und die Anerkennung des Testaments.

Es ist zwar Regel, daß man Rechte, die man schon wirklich im Besitz hat, und auch solche, die man erst noch erwerben soll, durch Verträge und freiwillige Verabredungen verlieren, oder sich ihrer begeben könne; allein das römische Recht macht doch bey Entsagung auf bevorstehende Erbschaftsanfälle eine Ausnahme, indem es solche für ungültig erklärt. Insbesondere sollen die Renunciationen auf die Anfechtung eines Testaments als inofficiös, wenn sie durch

---

hh) L. 27. §. 3. D. de inoff. test.

ii) L. II. D. eod.

Verträge mit dem Erblasser abgeschlossen worden sind, nicht gültig seyn. Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, weil die Testatoren ihre nahen Verwandten, die sie grade durch das Band ihrer Verwandtschaft leicht zu Eingehung ihnen nachtheiliger Verträge, um Uneinigkeiten zu vermeiden, bewegen können, — nicht durch Verträge, sondern durch Beweise ihrer Liebe zur Anerkennung ihrer Testamente bestimmen sollen [a]). Der Grund dieses Gesetzes liegt also nicht sowohl in der allgemeinen Ungültigkeit der römischen Erbverzichte [b]), als vielmehr in der dem Testator durch absolut gebietende Gesetze auferlegten Verbindlichkeit den vollen Pflichttheil zu hinterlassen, und in so fern dieser Grund eintrit, muß dieses Gesetz auch heut zu Tag noch Anwendung finden [c]). Da aber nach dem heutigen Recht Erbverträge, wenn sie auch bey Lebzeiten des Erblassers abgeschlossen werden, gültig sind, mithin die römischen Verordnungen

---

a) L. 35. §. 1. Cod. de inoff. test.

b) L. 3. Cod. de collationibus. L. 16. D. de suis et legitimis hered. L. 94. D. de acquirenda vel omittenda hereditate.

c) Canngiesser Decision. Cassellaneae. T. 1. Decis. 151. Claproth von Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen. Göttingen 1797. §. 54. S. 205. Pütter Auserlesene Rechtsfälle Bd. 1. Thl. 3. resp. 93.

in so weit nicht mehr beobachtet werden [d]), so muß heut zu Tag ein Vertrag der über die Inofficiositätsklage bey Lebzeiten des Testators geschlossen wird, alsdann, wann jener besondere Grund nicht eintrit, für gültig gehalten werden. So also kann ein zur Querel Berechtigter sich alsdann der Klage nicht bedienen, wenn er mit dem Testamentserben einen Vertrag noch bey Lebzeiten des Testators abgeschlossen hat, worin er sich der Querel begiebt, denn hier kann jener besondere Grund der Ungültigkeit nicht angewendet werden, und es treten daher die gemeinen teutschen Rechtsgrundsätze ein, wornach dergleichen Verträge gültig sind. Nach dem hierbey in der Praxis angenommenen canonischen Recht [e]), ist aber auch ein mit dem Erblasser selbst wegen Entsagung auf den Pflichttheil geschlossener Vertrag alsdann gültig, wenn der Pflichttheilsberechtigte ihn eidlich bestärkt hat [f]).— Die Ungültigkeit der zwischen Erblasser und Pflichttheilsberechtigten geschlossenen, die Entsa-

---

d) Wernher Observationes forenses. T. 1. P. 2. obs. 430. T. 2. P. 7. obs. 63. Schilter Praxis juris romani. Exercitat. 8. thes. 40. H. G. Bauer Diss. de pacto hereditatis renunciativo. Lipsi. 1780.

e) Cap. 2. de partis in 6to.

f) Merlinus de legitima. L. 1. T. 2. qu. II. L. 3. T. 2. qu. 25. Leyser Meditat. ad Digesta. Spec. 94. corol. 3.

gung auf die Inofficiositätsklage betreffenden Verträge erstreckt sich eben so gut auf die Geschwister und Eltern, als auf die Fälle, wo blos die Kinder Pflichttheils berechtigt sind, und daher nach älterem Recht die Inofficiositätsklage hatten [g]). Sollte aber der Testator dem Pflichtheilsberechtigten schon bey seinen Lebzeiten den vollen Pflichttheil gegeben und lezterer dagegen versprochen haben, das Testament nicht als inofficiös anfechten zu wollen, so ist ein solcher Vertrag allerdings gültig [h]), denn es fällt alsdann aller Grund des Verbots weg, indem der Testator lezterem alles gegeben hat, was er ihm geben soll, und der Testamentserbe kann sich daher der Einrede des Betrugs gegen einen solchen Querulanten bedienen. —

Nach des Erblassers Tod kann unstreitig durch Renunciationen [i]), Verträge und Vergleiche zwischen dem Pflichttheilsberechtigten und Testamentserben, die Inofficiositätsklage gehoben werden [k]). Dabey findet alsdann aber eine sonderbare mit den gemeinen Grundsätzen des römischen Rechts im Widerspruch stehende Eigenheit Statt. Wenn nämlich ein Proceß durch Vergleich beygelegt wird, und der eine Theil den Vergleich nicht erfüllt, so kann der andere, wenn

---

g) L. 35. §. 3. Cod. de inoff. test.

h) L. 1. §. 3. D. Si a parente quis manumissus sit.

i) L. 8. §. 1. D. de inoff. test.

k) L. 35. §. 1. in fin. et §. 2. Cod. de inoff. test.

es nicht besonders verabredet ist, nicht eigenmächtig vom Vergleich wieder abgehen, sondern er muß auf Erfüllung der Vergleichspunkte klagen [1]); dieß ist aber anders, wenn die Inofficiositäts-klage schon angestellt war, und nun zwischen dem Kläger und Testamentserben ein Vergleich abgeschlossen wird, alsdann kann nämlich der Querulant, wenn der Testamentserbe die Vergleichspunkte nicht erfüllt hat, nach Gefallen auf Erfüllung des Vergleichs klagen, er kann aber auch einseitig wieder von dem Vergleich abgehen und mit der Inofficiositätsklage fortklagen [m]). — Bey einem solchen Vergleich zwischen den Testamentserben und Pflichttheilsberechtigten werden aber jederzeit die Legate und sonstige Theile des Testaments als gültig erhalten und den Legatarien müssen ihre Legate ausbezahlt werden [n]). — Wenn der Kläger die erhobene Inofficiositätsklage, liegen gelassen oder darauf entsagt hat, und solches nach den bey allen Klagen eintretenden Erfordernissen gehörig geschehen ist, so können weder der Kläger [o]), noch dessen Erben [p]) die

---

1) L. 16. D. de transactionibus.

m) L. 27. pr. D. de inoff. testam. Si, instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactioni praestatur: inofficiosi causam integram esse placuit.

n) L. 29. §. 2. D. de inoff. test.

o) L. 8. §. 1. D. de inoff. test.

p) L. 15. §. 1. D. eod.

Klage wieder anhängig machen, es wäre denn, daß der Testamentserbe sie betrügerischer Weise dazu verleitet hätte [q]).

Der andere die Inofficiositätsklage hindernde Umstand ist also die Anerkennung des Testaments, gegen welches die Klage an sich zusteht. Wenn nämlich der Pflichttheilsberechtigte das Testament ausdrücklich [r]) oder stillschweigend, unmittelbar oder mittelbar als gültig anerkennt, so kann er nachher die Inofficiositätsklage nicht mehr gegen dasselbe anstellen. Die stillschweigende oder mittelbare Anerkennung folgt nun besonders aus der Forderung [s]) oder Annahme eines Legats, welches der Pflichttheilsberechtigte in Gemäßheit des inofficiösen Testaments aus den Händen des darin ernannten Erben oder Legatars annimmt [t]). Damit aber die Inofficiositätsklage aus diesem Grund wegfalle, wird jedoch erfordert: daß die Forderung des Pflichttheilsberechtigten, abstrahirt von der Inofficiosität des Testaments, gegründet sey, denn fehlt es ihm an einem gehörigen Rechtsgrund bey seiner Forderung, so schadet ihm solche nichts, sondern er kann das Testament demohnerachtet als

---

q) L. 21. pr. §. 1. D. de inoff. test.

r) L. 31. §. 4. D. eod.

s) L. 12. pr. §. 1. D. eod.

t) L. 5. pr. D. de his quae ut indignis. Westphal a. a. O. §. 1081. ff. F. Alef Diss. de viribus legati ex testamento inofficioso accepti.

inofficiös anfechten[n]). Es braucht auch nicht grade der Erbe zu seyn, von dem das Vermächtniß gefordert wird, sondern wenn auch ein Legatar es an den Pflichttheilsberechtigten leisten soll, und dieser es fordert, so geht seine Querel verloren[v]). Um aber aus der Annahme eines Legats die Anerkennung des Testaments folgern zu können, bleibt es ein wesentliches Erforderniß, daß das Legat von der Art ist, daß der Pflichttheilsberechtigte eine eigene Handlung vornehme, wodurch er die Annahme bezeichnet, denn nüzt ihm das Legat, ohne daß er eine Annahmshandlung zu verrichten braucht, z. B. bey einer legirten Schulderlassung, so hindert dieß Legat die Anstellung der Inofficiositäts-klage nicht[w]). — Aber auch ausser der Annahme eines Legats kann der Pflichttheilsberechtigte durch andere Handlungen zeigen, daß er den Testamentserben als wahren Erben, mithin das Testament selbst als gültig anerkenne, und so bald dieß mit Grund aus einer Handlung geschlossen werden kann, so kann er mit der Inofficiositätsklage nicht mehr auftreten. Z. B. Er kauft vom Testamentserben die ganze Erbschaft, oder einzelne zur Erbschaft gehörige Sachen, oder er pachtet von demselben Güter, die zur Erbschaft gehören, oder er bezahlt Gelder an denselben, die er dem Erblasser

---

u) L. 12. §. 2. D. de inoff. testam.

v) L. 12. §. 1. L. 8. §. 10. D. de inoff. test. Westphal a. a. O. §. 1082.

w) L. 12. §. 3. D. de inoff. test.

schuldig war, und was dergleichen Handlungen mehr sind [x]). Bey allen diesen Handlungen trit die angegebene Wirkung auch sogar alsdann ein, wenn der Pflichttheilsberechtigte nicht einmal für sich selbst handelt, sondern andere bey solchen Schritten, wodurch das Testament oder der Testamentserbe anerkannt werden, mit Rath oder That unterstüzt, denn in einer solchen Unterstützung liegt auch eine eigene Anerkennung [y]). Wäre aber doch in diesem lezten Fall der Pflichttheilsberechtigte nicht freywillig vorgeschritten, sondern wäre er dazu verpflichtet gewesen, z. B. als Vormund über einen minderjährigen Legatar, oder kraft eines obhabenden Amts, das ihm keine Wahl läßt, sondern ihn gradezu dazu verbindet, so schadet es ihm nicht, sondern er kann demohnerachtet die Inofficiositäts-klage noch anstellen [z]); steht es aber in seiner Willkür, ob er sich dergleichen Handlungen unterziehen will oder nicht, so darf er es nicht thun [aa]). Wenn hingegen jemand für einen Andern das Legat in Empfang nimmt, z. B. der Vater oder Vormund für seinen pflichttheilsberechtigen Sohn oder Pflegbefohlenen, so schadet das dem Recht des leztern nicht, sondern der Sohn oder Pflegbefohlene, überhaupt jeder für den ein Anderer das Legat in

---

x) L. 23. §. 1. D. de inoff. test.

y) L. 32. pr. Arg. L. 12. pr. L. 31. §. 3. D. eod.

z) §. 4. Inst. L. 10. §. 1. D. eod.

aa) L. 32. pr. D. eod.

Empfang genommen hat ohne sein Vorwissen, kann die Querel noch anstellen [bb]).

Die Inofficiositätsklage wird nicht wie andere Klagen erst in 30, sondern schon in fünf Jahren präscribirt. Hat nämlich der Pflichttheilsberechtigte von der Zeit an, wo der eingesezte Erbe die Erbschaft angetreten [cc]), fünf Jahre verstreichen lassen, ohne jene Klage anzustellen, so wird er damit nicht mehr gehört [dd]). Der Grund, warum grad eine fünfjährige Präscriptionszeit bey der Querel bestimmt worden, liegt nach der richtigern Meinung darin, weil nach Verlauf von fünf Jahren über den Status eines Verstorbenen keine nachtheilige Frage aufgeworfen werden durfte [ee]), dieser Grundsatz wurde auch auf die Querel angewendet, weil dadurch der Testator gewissermassen als ein Narr dargestellt wurde. — Der Anfang dieses Quinquenniums ist zwar der Regel nach der Tag, wo der Testamentserbe die Erbschaft angetreten hat, wäre der Pflichtheilsberechtigte aber damals verhindert gewesen zu klagen, weil er z. B. vorher eine andere Klage versucht, und während der Verhandlungen das Quinquennium ablauft [ff]), oder weil er noch min-

---

bb) L. 22. pr. D. de inoff. test.

cc) L. 8. §. 10. D. eod.

dd) L. 8. §. 17. D. L. 34. in fin. L. 36. §. 2. Cod. de inoff. test.

ee) L. 1. Cod. ne de statu defunctorum. Püttmann Diss. ad L. 16. Cod. de inoff. test. Lipsiae 1774. pag. 13. ff.

ff) L. 16. Cod. de inoff. test. Püttmann a. a. O.

derjährig ist gg), so fängt die fünfjährige Frist erst von der Zeit an, wo das Hinderniß gehoben wurde.

Auf die Art der Testamente kommt es bey Beurtheilung der Zulässigkeit der Inofficiositäts-klage gar nicht an, es ist ganz gleichgültig, ob es ein schriftliches oder mündliches, privilegirtes oder nicht privilegirtes Testament ist, gegen alle wird die Querel zugelassen, nur allein ein Soldaten-Testament ist einzig ausgenommen, wenn es im Feld nach den Gesetzen über die Testamente der Soldaten oder auch in den Standquartiren aber über das peculium castrense gültig errichtet ist; gegen ein solches Testament können weder Kinder, noch Eltern, noch Geschwister die Inofficiositätsklage anstellen hh); selbst dann nicht einmal, wenn die klagende Person selbst ein Soldat ist, mithin ein eben so sehr Privilegirter auftrit ii). Diese Exemption von der Inofficiositäts-klage findet auch Statt bey dem peculio quasi castrensi, so lange der Besitzer noch in der väterlichen Gewalt steht kk).

Daß

---

gg) L. 2. Cod. in quibus causis in integrum.

hh) L. 9. 24. Cod. de inoff. test. L. 8. §. 4. D. eod. Ulpianus Fragment. T. 23. §. 10.

ii) L. 27. §. 2. D. de inoff. test.

kk) L. 37. §. 1. 2. Cod. de inoff. test. Hofacker Principia jur. civ. §. 1707. Cocceji Jus civ. controv. L. 5. T. 2. qu. 19. Bauer Diss. de peculio quasi castrensi studiosorum. Lipsiae 1726. §. 33.

Daß die Mutter von ihrem Kind den Pflichttheil fordern könne, ist schon mehrmals angeführt worden, eben so auch, daß sie gegen ein Testament, worin ihr der Pflichttheil nicht gelassen worden, die Inofficiositätsklage anstellen konnte. Allein alsdann fand eine Ausnahme Statt, und sie konnte sich dieser Klage nicht bedienen, wenn der Vater ihrem Kind auf die Zeit seiner Unmündigkeit substituirt und dabey für den Pflichttheil der Mutter nicht gesorgt hatte; denn, sagt Papinian, hier macht der Vater des Pupillen Testament, und von diesem fordert man keine solche Affection für seine Frau, daß man nach der damaligen Fiktion sagen könnte, er sey bey Errichtung des Testaments nicht bey Sinnen gewesen, wenn er seiner Frau nicht den Pflichttheil läßt [11]). Da indessen heut zu Tag eine Mutter sich nie mehr in dem Fall befindet, die Inofficiositätsklage anstellen zu können, so hat diese Einschränkung jezt keine praktische Folge mehr. — Wenn der Vater seinem unmündigen, in seiner väterlichen Gewalt noch stehenden Kind eine ehrlose Person pupillariter substituiret und den Geschwi-

---

11) L. 8. §. 5. D. de inoff. test. Westenberg de portione legitima. Diss. 2. cap. 3. §. 7. Heisler Diss. de pupillari substitutione heredem legitimum inprimis matrem excludente. §. 15. G. S. Madihn Diss. de vicissitudinibus substitutionum impuberum. Halae 1769. Dahlberg Diss. de matre praeterita vel exclusa testamentum patris pupillariter substituentis per querelam inofficiosi expugnante.

stern des Unmündigen den Pflichttheil von dessen Vermögen nicht zugewiesen hat, so können diese Geschwister die Inofficiositätsklage nach Maasgabe des angeführten Gesetzes nicht anstellen, und dieß findet auch heut zu Tag noch seine Anwendung [mm]).

§. 166.

Von der Klage aus der Novelle 115.

Ich komme nun zu der Klage, mittelst welcher die Kinder und Eltern zu ihrem Pflichttheil gelangen. — Unter Beziehung auf das, was ich schon in den §§. 80. 140 und 160 gesagt habe, brauche ich hier, wo es besonders auf Bestimmung der Klagen ankommt, nur zu berühren, daß ehemals alle Personen, die wegen Verletzung in den Pflichttheilsrechten klagen konnten, immer mit der Inofficiositätsklage, deren Grundsätze und Beschaffenheit ich in den vorhergehenden Paragraphen auseinander gesezt habe, klagen mußten [a]); die Präterition der in väterlicher Gewalt des Testators stehenden Descendenten macht, daß das Testament null und nichtig ist [b]), es bedarf also keiner Rescission desselben durch die Inofficio-

---

mm) L. 8. §. 5. D. inoff. test. Bechmann Exercitat. exot. ad D. L. 5. T. 2. Ex. 12. n. 4. Carpzov P. 3. C. 8. Def. 1. P. Müller Diss. de debito bonorum subsidio. cap. 7. §. 20.

a) L. 1. 14. 15. 30. 31. §. 1. D. de inoff. test.

b) pr. Inst. de exheredat. liberor. §. 5. Inst. eod. L. 4. Cod. deliber. praeter. Ulpian. Fragment. T. 22. §. 17.

sitätsklage, sondern solche Personen klagen mit der Nullitätsklage; die praeterirte emancipirte Descendenten aber haben die bonorum possessio contra tabulas, und auch sie können die Inofficiositätsklage als ein blos subsidiarisches Rechtsmittel nicht anwenden [c]); Descendenten von der Mutter her [d]), so wie die Ascendenten konnten aber präterirt werden, ohne daß das Testament an sich ungültig wurde, sondern es mußte erst mit der Inofficiositätsklage rescindirt werden [e]). — Diese Verordnungen haben aber heut zu Tag keine volle Anwendung mehr, sondern Justinian hat in der Novelle 115. cap. 3. 4. 5. die Sache in Rücksicht der Descendenten und Ascendenten dahin geändert: daß wenn Kinder oder Eltern präterirt oder exheredirt werden sollen, solches nicht anders als aus einer in diesem Gesetz bestimmten, wahren und im Testament namentlich angeführten Ursache soll gültig geschehen können, würde dawider gehandelt und der Notherbe präterirt oder enterbt, entweder ohne irgend eine Ursache auszudrücken, oder wegen einer in dieser Novelle als

---

c) L. 4. Cod. de liber. praeter. Westphal von Testamenten. §. 538. Finestres Praelectiones Cervarienses ad Tit. Pand. de liberis et posthumis. P. 2. cap. 2.

d) §. 7. Inst. de exhered. liberor. L. 19. 27. §. 4. D. de inoff. test.

e) L. 17. Cod. de inoff. test. Stein von pflichtswidrigen Testamenten. §. 11.

hinreichend nicht bestätigten, oder wegen einer in der Novelle zwar bestätigten aber nicht wirklich wahren Ursache; so soll das Testament zwar nicht an sich ungültig seyn, es soll aber in Rücksicht der Erbenseinsetzung rescindirt, jedoch in Rücksicht aller übrigen Punkten als gültig erhalten werden. —

Hiernach können also Eltern und Kinder nie mehr zur Inofficiositätsklage gelangen, sondern sie müssen sich stets mit andern Rechtsmitteln helfen. In väterlicher Gewalt des Testators stehende Kinder, welche derselbe präterirt hat, machen daß das Testament null und nichtig ist, und sie müssen mit der Nullitätsklage auftreten (§. 157. 160.); emancipirte Descendenten vom Vater her müssen, wenn sie präterirt sind, bonorum possessionem contra tabulas suchen (§. 169. [f]); die Descendenten von der Mutter her, so wie die Ascendenten, wenn sie nicht nach der Novelle 115 gültig enterbt oder präterirt, und Descendenten vom Vater, wenn sie zwar enterbt, aber nicht aus einer gegründeteen, namentlich angeführten gesetzmäsigen Ursache enterbt sind, müssen mit der Klage aus der Novelle 115 auftreten [g]).

1) Diese Klage steht den eben genannten Personen zu;

---

f) L. 23. D. de inoff. test.

g) L. un. D. de condict. ex lege. Cocceji Jus civile controversum l.. 5. T. 2. qu. 5. Thibaut System des Pandekten-Rechts. Bd. 2. §. 1031.

2) sie wird gegen den im Testament ernannten Erben angestellt [h]);

3) sie ist lediglich durch die Novelle 115 eingeführt, und findet lediglich in diesem Gesetz ihren Grund;

4) sie würkt blos eine Rescission des Testaments in Rücksicht der Erbenseinsetzung, alle übrigen Theile desselben bleiben in voller Gültigkeit; die Testamentserben erhalten nichts, und an ihre Stelle treten die wahren Intestaterben.

Hieraus ergiebt sich: daß diese Klage sich wesentlich von den andern vorher gewöhnlich gewesenen, namentlich von der Nullitäts- und Inofficiositätsklage unterscheidet; denn die Nullitätsklage, in so fern sie aus dem Successionsrecht gewisser Personen entspringt, steht blos den präterirten in väterlicher Gewalt des Testators stehenden Descendenten, und die Inofficiositätsklage stand allen Pflichttheilsberechtigten, also auch den Geschwistern zu; — die Klage aus der Novelle 115 aber können weder die väterlichen Descendenten, wenn sie präterirt sind, noch die Geschwister anstellen, denn in Rücksicht jener ist das ältere Recht unverändert geblieben, und diese werden in der Novelle nicht genannt. — Ferner gründet sich die Nullitätsklage auf ein an sich ungültiges Testament, und die Inofficiositätsklage auf unbillige Ausschliessung vom Pflichttheil, — die Klage aus der Novelle gründet sich aber auf ein an

---

h) Nov. 115. cap. 3. §. 14. in fin. cap. 4. §. 9.

sich gültiges Testament und darin nicht gültig geschehene Präterition oder Enterbung [i]). — Auch muß bey der Inofficiositätsklage der Kläger den Beweis führen, daß er den Pflichttheil verdient habe [k]); — bey der Klage aus der Novelle 115 aber muß dem Beklagten der Beweis auferlegt werden, daß Kläger den Pflichttheil verwürkt und die Enterbung verdient habe [l]). — Weiter bewürken die Nullitäts- und Inofficiositätsklagen, daß alle und jede Theile des Testaments keine Gültigkeit haben. — Die Klage aus der Novelle hingegen hebt blos die Erbeinsetzungen auf, alle Legate, Fideicommisse, Vormundschafts-Bestellungen und andere im Testament enthaltene Verordnungen bleiben gültig. — Endlich findet die Inofficiositätsklage nicht Statt, sobald der Testator den Pflichttheilsberechtigten auf irgend eine Art den Pflichttheil gegeben hat (§. 140. 141. [m]); — die Klage aus der Novelle 115 aber kann auch alsdann noch angestellt werden, wenn der Pflichtheilsberechtigte ohne gesetzmäsigen Grund präterirt oder exheredirt, ihm aber ein geringes Legat zugewiesen ist, alsdann könnte er nach den Grundsätzen vom Pflichttheil blos auf Erfüllung desselben L. 30. Cod. de inoff. test. klagen; allein nach der Novelle 115. ist er berechtigt demohnerachtet auf Rescission des Testaments in Rücksicht der

---

i) Nov. 115. cap. 5.
k) L. 28. Cod. de inoff. test.
l) Nov. 115. cap. 3. 4.
m) Westphal von Testamenten ꝛc. §. 608.

Erbenseinsetzung zu dringen, ja er kann selbst dann noch diese leztere Klage anstellen, wenn er die ganze Summe des Pflichttheils als ein Legat erhält [n]), dabey aber gar nicht zum Erben ernannt ist.

Die aus der Novelle 115 entspringende Klage ist also von der Nullitäts- und Inofficiositätsklage so sehr verschieden, daß sie mit keiner von beiden gleich gestellt werden kann, sondern als eine eigene Klage aus dem Gesetz angesehen werden muß. Dieselbe bahnt nämlich einen Mittelweg zwischen der Nullitäts, und Inofficiositätsklage; denn mit der Nullitätsklage hat sie gemein, daß die Notherben im Testament zu Erben ernannt oder aus gesetzmäsigen Ursachen ausgeschlossen werden sollen, sie zweckt auf den ehrbaren Titel eines Erben. Mit der Inofficiositätsklage hat sie gemein, daß sie ein an sich gültiges Testament voraussezt, welches rescindirt, und daß Intestatsuccession eingeführt wird. — Wegen der angeführten Verschiedenheiten muß also die Klage aus der Novelle 115 als eine eigene, ganz neue Klage angesehen werden, und man muß bey ihr alle Grundsätze und alle Eigenschaften annehmen, welche die Natur aller dergleichen Klagen mit sich bringt, besonders auch, daß sie auf die Erben übergeht, und daß sie nicht in

---

n) Nov. 115. cap. 3. pr. — nec si per quemlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem — cap. 5. pr. — Si qui heredes fuerint nominati. —

fünf, sondern erst in dreißig Jahren verjährt wird o).

Eine besondere Erwähnung verdient hierbey noch der Fall, wo der Vater in der Pupillarsubstitution die Mutter seines Kinds nicht gesetzmässig präterirt oder exheredirt hat, alsdann konnte nämlich die Mutter die Inofficiositätsklage nicht anstellen (§. 165.); allein da ihr doch niemals das Recht selbst, das sie nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen auf den Pflichttheil hatte, genommen worden ist, so daß ihr auch schon in den ältern Zeiten eine Condiction zustand, um ihren Pflichttheil zu erhalten p), und da aus der Novelle 115 nirgends eine Ausnahme hervorleuchtet, vielmehr die Worte derselben ganz allgemein abgefaßt sind, so muß man annehmen, daß die Mutter mit der Klage aus diesem Gesetz gegen ein solches Testament auftreten könne, wenn sich im Uebrigen der Fall dazu qualificirt.

Uebrigens erhellet aus dem bisher Gesagten, daß mit der Klage aus der Novelle 115 nicht un-

---

o) L. 3. Cod. de praescript. 30 vel 40 annor.

p) Otto Thesaur. T. 5. pag. 642. Richter Decis. 45. Harprecht ad pr. Inst. de pupillari substitut. Brunnemann ad L. 8. §. 5. D. de inoff. test. Westphal von Testamenten. §. 380. Westenberg de portione legitima. Diss 2. cap. 3. §. 8. Reichel Diss. utrum legitima ex testamento a patre condito, competet matri. Lipsi. 1757. Sanson Diss. an substitutio pupillaris privet matrem jure petendi legitimam.

mittelbar und hauptsächlich auf den Pflichttheil geklagt wird, sondern daß sie nur mittelbar auf die Erlangung des Pflichttheils abzweckt, indem die Intestatsuccession eröffnet wird.

§. 167.

Von der suppletorischen Klage. (Actio suppletoria ex L. 30 et 31. Cod. de inoff. test.)

Wenn der Testator dem Pflichttheilsberechtigten zwar nicht den vollen Pflichttheil, aber doch etwas im Testament zugewiesen hat, so soll der Pflichttheilsberechtigte blos auf Erfüllung des Pflichttheilsquantums klagen können, wie ich solches schon §. 160. no. 3. angeführt habe [a]). Der Kläger kann dabey nur ein solcher seyn, dem der Pflichttheil gebührt [b]), und die Klage wird gegen den gerichtet, durch welchen der Pflichttheilsberechtigte verlezt worden, dieß mag nun ein Erbe [c]), oder ein Legatar, oder sonstiger Besitzer des Vermögens seyn, von dem die Erfüllung des Pflichttheils geschehen muß [d]); der Zweck der Klage

---

a) L. 30. 31. Cod. de inoff. test. Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 361. med. 15. 16. Westphal a. a. O. Cap. 4. Abschn. 6. §. 608. ff.

b) §. 3. Inst. L. 35. §. 3. L. 36. pr. Cod. de inoff. test.

c) Nov. 115. cap. 5. pr.

d) L. 36. pr. Cod. de inoff. Oldendorp de action. forens. clas. 5. act. 3. Suendendörfer de actionibus successoriis. pag. 274. §. 3. Schweder Diss. de condictione ex lege liberis ad supple-

geht auf Ueberlieferung dessen, was nach Abzug des erhaltenen an der gesetzmässigen Summe des Pflichttheils noch fehlt c).

Diese Klage kann manchmal noch vortheilhafter seyn, als die aus der Novelle 115, obgleich sie nur auf Erfüllung des Pflichttheils, und diese auf Rescission der ganzen Erbeinsetzung geht. Z. B. Der Testator hat ein Vermögen von 36,000 fl.; er übergeht seinen Vater, sezt den B. zum Erben ein, und legt ihm 27,000 fl. Legate auf, wovon der Vater des Testators 1000 fl. bekommen soll. In diesem Fall kann zwar der Vater des Testators mit der Klage aus der Novelle 115 auftreten, er kommt alsdann an die Stelle des Testamentserben, muß aber deswegen nach Abzug der ihm selbst legirten 1000 fl. noch 26,000 fl. Legate bezahlen, denn er behält dabey die Falcidische Quart ungeschmälert, mithin würde er nur 10,000 fl. rein übrig behalten. Er kann aber auch blos suppletorisch klagen, wo ihm dann zu den legirten 1000 fl. noch 11,000 zugezahlt werden müssen, damit er seinen Pflichttheil, welcher ein Drittel des Ganzen, mithin 12,000 fl. beträgt, ungeschmälert erhalte; dadurch gewinnt

---

mentum legitimae competente. Tübing. 1696. §. 4. — Anderer Meinung ist I. H. Böhmer Doctrina de actionibus. Sect. 2. cap. 3. §. 40.

c) L. 36. pr. Cod. de inoff. test. Schmidt von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 552. Böhmer a. a. O.

er also offenbar 2000 fl. mehr als durch die Klage aus der Novelle. Freylich kann er auch alsdann, wenn er aus der Novelle 115 geklagt und seinen Pflichttheil nicht vollkommen erhalten hat, das ihm Fehlende den Legatarien noch abziehen, er muß alsdann aber sich einem Proceß oder wenigstens Unannehmlichkeiten mit diesen noch aussetzen, ohne daß er dadurch einen grössern Vortheil erhält, als wenn er blos suppletorisch klagt. Für die Legatarien ist es von der größten Wichtigkeit, welche Klage der Pflichttheilsberechtigte wählt, denn klagt er aus der Novelle, so behalten sie alles, und brauchen sich nur so viel abziehen zu lassen, daß der Pflichttheil ungeschmälert aus der Verlassenschaft berichtigt wird; wird aber die suppletorische Klage angestellt, so muß nicht nur dem Pflichttheilsberechtigten der Pflichttheil, sondern auch dem eingesezten Testamentserben die Falcidische Quart bleiben, und beides müssen die Legatarien sich abziehen lassen.

Die suppletorische Klage ist eine blosse Condiction aus dem Gesetz, wird mithin erst durch einen Zeitraum von 30 Jahren verjährt[f]). Die fünfjährige Präscriptionszeit der Inofficiositäts-

---

f) L. 3. Cod. de praescriptione 30 vel 40 annorum. L. 1. §. 1. Cod. de annali exceptione. Clemann Diss. de supplenda portione legitima. Lipsi. 1771. Heinecken Diss. de parentibus et fratribus ex L. 30. Cod. de inofficio testamento agere volentibus. Püttmann Interpret. et observat. Lipsi. 1763. cap. 6. pag. 143.

klage hat auf die suppletorische keinen Einfluß), sondern diese wird nach ihrer eigenen Beschaffenheit beurtheilt [h]). Verschiedene Rechtsgelehrte sind jedoch anderer Meinung [i]) und lassen auch bey der suppletorischen Klage eine nur fünfjährige Präscriptionszeit gelten; allein die L. 34. Cod. de inoff. test., auf welche sie sich berufen, ist theils nicht bestimmt und deutlich, theils älter als der §. 3. Inst. de inoff. test. und muß daher diesem lezterm Gesetz weichen.

Wenn der suppletorischen Klage nach des Testators Tod entsagt worden ist, so kann sie nicht mehr angestellt werden; allein der Pflichttheilsberechtigte muß ganz ausdrücklich erklärt haben, daß er mit dem, was ihm in dem Testament zugewiesen *ist*, zufrieden seyn und weiter nichts mehr prätendiren wolle; eine blosse Anerkennung des Testaments

---

g) §. 3. Inst. de inoff. testam. „Si vero quantacunque pars hereditatis, vel res eis fuerit relicta: de inofficiosi querela quiescente. id quod eis deest — compleri.

h) Böhmer Doctr. de actionibus. Sect. 2. cap. 3. §. 40. Schmidt von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 553. Vinnius ad Institut. Tit. de inoff. test. §. 18. n. 4. Voetius ad Dig. L. 5. T. 2. §. 68. Cocceji Jus civ. controv. L. 5. T. 2. qu. 35. Gail L. 2. obs. 120. Berlich P. 3. concluf. 13. n. 33. Struben rechtliche Bedenken. Thl. 4. Bed. 96.

i) Huber Praelect. ad Pand. L. 5. T. 2. n. 20. Voorda ad L. 34. Cod. de inoff. test.

und Annahme deſſen, was dem Pflichttheilsberechtigten darin zugewieſen iſt, ſchadet ihm nichts, ſondern er kann demohnerachtet die ſuppletoriſche Klage noch anſtellen [k]). Nach dem canoniſchen Recht kann dieſer Klage auch ſchon bey Lebzeiten des Erblaſſers und in einem Vertrag mit demſelben alsdann gültig entſagt werden, wenn der Pflichttheilsberechtigte den Vertrag eidlich beſtätigt [l]).

§. 168.

Von der gegen die Teſtamente der Soldaten zuſtehenden Klage wegen des Pflichtheils.

Es iſt am Ende des §. 165 bemerkt worden, daß gegen die von einem Soldaten im Feld, oder über das peculium caſtrenſe, oder von einem in väterlicher Gewalt ſtehenden Beſitzer eines peculii quaſi caſtrenſis auf privilegirte Art errichtete Teſtamente die Inofficioſitätsklage nicht Statt finde. Demohnerachtet ſind deren Erben nicht ganz vom Recht auf den Pflichttheil ausgeſchloſſen, dieß verordnet wenigſtens nirgends ein Geſetz,

---

k) L. 35. §. 2. Cod. de inoff. teſt. Böhmer T. 3. P. 3. reſp. 522. n. 5. Pütter auserleſene Rechtsfälle. Bd. 3. n. 250. Cramer obſervationes. T. 2. obſ. 470. §. 9. Ludolph obſerv. 372. Weſtphal von Teſtamenten. §. 610. Arnim Diſſ. de legitima et actione ad eam ſupplendam per teſtamenti ſubſcriptionem neutiquam ſublata. Francofurti 1766.

l) Cap. 2. de pactis in 6to.

sie dürfen sich nur nicht der Inofficiositätsklage, sondern müssen sich anderer Klagen bedienen. Wenn nämlich der Pflichttheilsberechtigte in einem Soldaten- oder einem solchen gleichstehenden Testament entweder gar nichts, oder zwar etwas, aber nicht den vollen Pflichttheil erhalten hat, so muß er mit einer Condiction aus der Nov. 123. cap. 19. oder auth. Presbyteros. Cod. de episcopis et clericis klagen; denn in diesen Gesetzen werden das Vermögen eines Geistlichen und das peculium castrense einander gleich gestellt, so wie es daselbst den Geistlichen zur Verbindlichkeit gemacht ist: den Pflichttheil den dazu Berechtigten zu geben, so muß dieß auch der Besitzer eines peculii castrensis beobachten. Mit dieser Condiction kann aber nicht das ganze Testament rescindirt a), sondern sie muß nur auf Herausgabe des Pflichttheils, oder dessen, was daran noch fehlt, gerichtet werden.

§. 169.

Von der bonorum possessio contra tabulas.

Wenn emancipirte Descendenten in dem Testament eines väterlichen Ascendenten präterirt worden sind, nämlich, wenn die männlichen emancipirten Descendenten nicht zu Erben eingesezt, oder nicht namentlich enterbt, die weiblichen aber, wenn sie auch nicht inter caeteros enterbt sind,

---

a) L. 9. 24. Cod. de inoff. test. Ulpianus Fragment. Tit. 23. §. 10.

müssen bonorum possessionem contra tabulas nachsuchen [a]). Dieß Gesuch wird gegen denjenigen gerichtet, welcher die Erbschaft besizt, und geht darauf, daß der Kläger als Erbe nach den Gesetzen des Prätors erkannt, und daß ihm die Erbschaft nach den Bestimmungen wie der prätorische Erbe sie zu besitzen berechtigt ist, herausgegeben werde [b]). — Diese Klage zweckt also nicht unmittelbar auf den Pflichttheil, sondern sie gehört zu den allgemeinen Erbschaftsklagen, und nur mittelbar erlangt der Kläger dadurch auch dasjenige, was ihm als Pflichttheil gebührt. Es gehört also nicht in den Umfang dieser Abhandlung, diese Klage weiter aus einander zu setzen [c]).

§. 170.

Andere Arten von Erbschaftsklagen.

Da die Rechte wegen des Pflichttheils nur dann zur Sprache kommen, wenn der dazu Berechtigte sich darauf beruft, es aber in eines jeden Willkür steht, ob er sich der ihm insbesondere wegen des Pflichttheils oder etwaiger anderer vielleicht vortheilhafterer ihm zustehenden Klagen be-

---

a) L. 23. D. de inoff. test. Ulpianus Fragmenta. T. 22. §. 23. T. 28. §. 2.

b) L. 2. D. de possessoria hereditatis petitione.

c) Schmidt von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 586. ff. Böhmer Doctr. de actionibus. Sect. 2. cap. 3. §. 23. ff. J. C. Koch Bonorum possessio. Literarisches Testament, nebst Commentar, Revision und Codicill. Giessen 1790.

dienen will, so folgt von selbst: daß dem Pflichttheilsberechtigten auch alle andere Arten von possessorischen oder petitorischen Erbschaftsklagen, wenn die Umstände sie begründen, unbenommen sind. Z. B. die Condictio ex Constitutione D. Pii [a]), die Condictio ex L. 6. Cod. de secundis nuptiis [b]), die Fideicommissarische Erbschaftsklage [c]), das Interdictum quorum bonorum [d]), das Interdictum ex L. fin. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo [e]), die Klage aus dem Carbonianischen Edict, die actio familiae erciscundae [f]), das Interdictum quod lega-

---

a) Madihn Diss. de Quarta D. Pii. ejusque usu hodierno. Traject. 1776. Fromann Diss. de Quarta Antoniana. Tübing.

b) Böhmer de restricta de bonis suis in favorem secundi conjugis disponendi facultate. Hennings Diss. de usu et applicatione. L. 6. Cod. de secundis nuptiis recepta communione bonorum praesertim Holsatica. Goett. 1767. Hofter Diss. de L. 6. Cod. de secundis nuptiis ad mores Germanorum caute applicanda. Alt. 1759.

c) Thilen Diss. de restitutione hereditatis fideicommissariae. Fancofurti 1701.

d) Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 500.

e) Spreckhelsen Diss. de remedio ex L. fin. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo. Goett. 1749. Gmelin Commentatio de remedio ex edicto D. Hadriani tollendo. Erlangae 1773.

f) Hartz Diss. de familiae erciscundae judicio. Lugduni 1787. Strecker Diss. de actione familiae erciscundae. Erf. 1739.

legatorum [g]), die actio legati vel hereditatis privatoria und andere dergleichen Rechtsmittel [h]). Da aber alle solche Klagen nur mittelbar den Pflichttheil betreffen, so gehört es nicht hierher, die Natur und Eigenschaften derselben aus einander zu setzen, sondern das gehört in die Lehre vom Erbrecht überhaupt.

§. 171.

Von der Klage wegen inofficiöser Schenkung. (Querela inofficiosae donationis).

Daß durch grosse Schenkungen der Pflichttheil nicht beeinträchtiget werden könne, habe ich schon oben (§. 129.) gezeigt. Wenn daher ein Pflichttheilsberechtigter nicht durch ein Testament Schaden leidet, sondern der Erblasser durch an sich gültige [a]) unmässige [b]) Schenkungen

---

g) Westphal System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissen und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793. §. 1105. ff.

h) Siehe vorzüglich Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 529. Leyser Spec. 361. m. 19. Böhmer Doctr. de actionibus. Sect. 2. cap. 3.

a) Lauterbach Diss. de querela inofficiosae donationis. Tubingae 1655. §. 28. Gail L. 2. obs. 38. n. 15.

b) L. 1. 2. 3. Cod. de inoff. donation. Nov. 92. cap. 1.

den Pflichttheil desselben verringert, oder bewirkt hat, daß er aus dem vorhandenen Vermögen nicht mehr geleistet werden kann [c]), so klagt der Pflichtheilsberechtigte [d]) gegen den Donatar mit der Querel wegen inofficiöser Schenkung auf Herausgabe dessen, was ihm durch die inofficiöse Schenkung an der Summe seines Pflichttheils fehlt [e]).

Diese Klage wurde zuerst durch Alexander Severer eingeführt [f]) und nachher durch andere Gesetze näher bestimmt. Bey der Untersuchung, ob diese Klage Statt finde, ist es unnachlässig nachzuforschen, ob der Pflichttheil noch da ist oder nicht, denn im ersten Fall, wenn der Pflichttheil aus dem noch vorhandenen Nachlaß entrichtet werden kann, findet die gegenwärtige Klage nicht Statt, wohl aber im lezten Fall; war nämlich zu der Zeit, wo die Schenkung geschah, der Pflichttheil noch übrig, so ist die Schenkung von Anfang gültig, und sie kann nachher auch dann nicht mehr angefochten werden, wenn das, was bey der Schenkung im Vermögen übrig geblieben, durch Zufall oder durch die Schuld

---

c) Lauterbach a. a. O. §. 27.

d) L. 3. Cod. de inoff. donation. Hilliger ad Donellium enucl. L. 19. cap. 11.

e) Auth. unde et. Cod. de inoff. test.

f) L. 87. §. 3. D. de legatis II.

des Erblassers verloren gegangen ist[g]), und der Pflichttheilsberechtigte dadurch seinen Pflichttheil wirklich nicht bekommt. Eben so können auch von mehrern nach einander geschehenen Schenkungen nur solche angefochten werden, durch welche der nur noch übrig gewesene eigentliche Pflichttheil angegriffen worden, die früheren aber, bey denen der Pflichttheil noch unverlezt blieb, müssen unangefochten bleiben[h]). Daß das ganze Vermögen durch Schenkungen völlig erschöpft sey, ist nicht nöthig, sondern die Klage findet schon Statt, sobald irgend etwas an dem Pflichttheil fehlt. Uebrigens kann die Klage eben so gut angestellt werden, wenn der Testator ausser der inofficiösen Schenkung ein gültiges Testament gemacht hat, als wenn er ganz ohne Testament gestorben ist[i]), und der dritte Besitzer der Schenkung oder Nachfolger des Donatars muß sich eben so wie der Donatar selbst auf die Klage einlassen[k]). Wenn aber die Geschwister dessen, der die Schenkung

---

g) Arg. L. 25. Cod. de administratione tutorum. Berger Oeconom. jur. L. 2. T. 4. §. 15. not. 4. Hommel Rhapsod. obs. 602.

h) Müller Promtuar. jur. nov. art. legitima liberorum. §. 46. Vol. 4. pag. 260. Brunnemann ad L. 1. Cod. de inoff. donation.

i) L. 3. Cod. de inoff. donation.

k) L. 8. §. 1. Cod. de inoff. donation.

giebt, mit dieser Klage die Erfüllung des Pflichttheils verlangen, so ist es nöthig, daß der Donatar eine ehrlose Person sey, denn ist derselbe eine ehrbare, so müssen die Geschwister sich bey der Schenkung beruhigen [l]). Der Zweck, das Gesuch dieser Klage geht auf Rescission der Schenkung in so weit, als der Pflichttheil durch dieselbe verlezt worden ist, also nicht immer auf Rescission der ganzen Schenkung [m]).

Da diese Klage, ganz nach dem Beyspiel der Querel gegen ein inofficioses Testament, eingeführt worden ist, um den Pflichttheilsberechtigten mit derselben eben so gegen alle Beeinträchtigungen, die der Testator durch Verträge unter den Lebendigen bewirken könnte, als mit der Querela inofficiosi testamenti gegen die Beeinträchtigungen durch Testamente zu schützen [n]), so finden bey der

---

l) Arg. L. 27. Cod. de inoff. test. Lauterbach Diss. de querela inofficiosae donationis. §. 23.

m) L. 5. 7. Cod. de inoff. donationibus. Vinnius Select. quaest. L. 5. cap. 33. Schorcht Diss. de donatione inofficiosa pro parte legitimae rescindenda. Thies Diss. de querela inofficiosae donationis non nisi ad legitimam ex rebus donatis revocandi competente. Goett. 1792. Westenberg de portione legitima. Diss. 4. cap. 3. §. 3. ff. Anderer Meinung ist Claproth von Testamenten. §. 55. S. 218. ff.

n) L. 1. 2. 4. 6. 9. Cod. de inoff. donationibus.

Querela inofficiosae donationis alle Grundsätze von der Querela inofficiosi testamenti Statt, wenn nicht ausdrückliche Gesetze eine Abweichung bestimmen o). Zu solchen Abweichungen gehört nun besonders, daß der Pflichttheilsberechtigte schon bey Lebzeiten dessen, von dem er den Pflichttheil zu erwarten hat, mit der Klage wegen inofficiöser Schenkung darauf klagen kann, daß das, was an seinem Pflichttheil fehlt, wieder zu dem Vermögen des Schenkenden zurück gegeben werde p).

---

o) Faber Conject. L. 3. cap. 17. Thomasius Diss. de legitima viventis. D. Amsing Praesid. Lauterbach Diss. de querela inoff. donationis. Tubingae 1655. §. 9. Böhmer Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. Goettingae 1751. Lynck Diss. de querela inofficiosae donationis. Argent. 1732. Westphal von Testamenten. §. 415. ff. Rau Diss. de querela inofficiosae donationis. Lipsiae 1775. Frise Diss. de querela inofficiosae donationis. Ienae 1715. Böhmer de actionibus. Sect. 2. cap. 3. §. 42. ff.

p) L. 5. Cod. de inoff. donat. L. 8. Cod. de revocandis donationibus. Anderer Meinung sind Müller Promtuar. jur. nov. art. Querela inofficiosae donationis. Vol. 6. pag. 229. Walch Diss. de praescriptione querelae inofficiosae donationis. In opusc. T. 1. pag. 292. E. F. Klein Merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Fakultät. Berlin 1802. Bd. 5. No. 13.

§. 172.

Klage wegen inofficiösen Heurathsguts. (Querela inofficiosae dotis s. dotationis.)

So wie nach dem vorhergehenden Paragraphen die einfachen Schenkungen unter den Lebendigen in so weit rescindirt werden, als dadurch der Pflichttheil beeinträchtigt wird, so findet das nämliche auch dann Statt, wenn die zur Ehe schreitende Frau ihr ganzes Vermögen, oder so viel davon, daß ihre Kinder erster Ehe, oder Eltern oder Geschwister, den Pflichttheil nicht völlig erhalten können, dem Mann zum Heurathsguth giebt, so daß er es nach ihrem Tod ganz behalten soll [a]), oder wenn der Vater dem einen seiner Kinder, oder wenn überhaupt jemand einem andern ein so starkes Heurathsguth giebt, daß dadurch der Pflichttheil denen dazu Berechtigten nicht mehr gegeben werden kann. In solchen Fällen können diejenigen, welche dadurch Schaden leiden, gegen den, der das unmässige Heurathsguth besizt, auf Herausgabe dessen klagen, was ihnen an ihrem Pflichttheil fehlt. Diese Klage geht völlig gleichen Schritt mit der im vorhergehenden Paragraph abgehandelten und mit der Querela inofficiosi testamenti [b]).

---

a) L. un. Cod. de inofficiosis dotibus.

b) Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 559. Suendendörffer de actionibus successoriis p. 264. Westphal von Testamenten ꝛc. §. 425. ff.

Diese beiden zulezt angeführten Klagen, Querela inofficioſae donationis und dotis ſ. dotationis, finden zwar nach den Worten der Geſetze nur bey inofficiöſen Schenkungen Statt; allein nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten müſſen ſie utiliter auch dann Platz greiffen, wenn der Erblaſſer einen Kauff, Tauſch, oder ſonſtigen oneröſen Contrakt blos ſimulirt und eine Schenkung dahinter verſteckt c).

§. 173.

Von der Calviſianiſchen und Favianiſchen Klage.

Wenn derjenige, der den Pflichttheil hinterlaſſen muß, einen zwar oneröſen Contrakt, oder ſonſtige oneröſe Handlung vornimmt, dabey aber betrügeriſcher Weiſe ſein Vermögen in der Abſicht verringert, damit ſeine Pflichttheilsberechtigten den Pflichttheil von ſeinem eigentlich gehabten Vermögen nicht mehr erhalten können (§. 131.), ſo ſind dieſe berechtigt, gegen denjenigen, der das Vermögen empfangen hat, auf Erſatz deſſen, was ihnen am Pflichttheil abgeht, zu klagen, und dieſe Klage

---

c) L. 54. D. de obligation. et action. L. 36. 38. D. L. 3. 9. Cod. de contrahenda emptione. Hilliger ad Donellium enucl. L. 19. cap. 11. Carpzov P. 2. Conſt. 44. def. 10. n. 5. Leyſer Meditat. ad Pand. Spec. 91. med. 2. Faber ad Cod. L. 3. Tit. 29. d. 6. Lauterbach Diſſ. de querela inofficioſae donationis. §. 24.

heißt actio Calvesiana [a]) oder Faviana utilis [b]). Diese Klage trit jedesmal ein, so oft der Erblasser etwas absichtlich zur Schmälerung des Pflichtheils [c]) unter einem onerösen Titel vorgenommen hat. Es kann daher jede Alienation unter den Lebendigen, wenn sie in der angegebenen Absicht vorgenommen worden ist, damit angefochten werden [d]), und es ist gleichgültig, ob der andere Contrahent die böse Absicht des Erblassers bey dem Contrakt gewußt habe oder nicht [e]). Der andere Contrahent muß aber für den Werth, den er gegeben hat, völlig schadlos gehalten werden, und es steht ihm auch noch die Wahl zu, ob er etwa das, was am wahren Werth fehlt, noch nachzahlen will, in welchem Fall er die vom Erblasser acquirirte Sache behält [f]). Es ist auch nicht nöthig, daß der ganze Pflichttheil durch eine solche Handlung verloren gegangen sey, sondern die Klage findet auch dann Statt, wann nur

---

a) L. 13. D. si quid in fraudem patroni factum sit.

b) L. 1. pr. §. 5. 6. L. 13. D. eod.

c) L. 1. §. 3. D. eod.

d) L. 1. §. 1. D. eod. Müller Promtuarium juris novum Lips. 1794. Vol. 4. pag. 254. art. legitima liberorum §. 8. Claproth von Testamenten ꝛc. §. 55. S. 217.

e) L. 1. §. 4. D. si quid in fraudem patroni.

f) L. 1. §. 13. 16. D. si quid in fraudem patroni.

nur etwas daran fehlt [g]). Diese Klage steht also dem Pflichttheilsberechtigten [h]) oder dessen Erben [i]) gegen denjenigen zu, der durch die betrügerische Handlung des Erblassers den Vortheil gezogen hat [k]), oder auch gegen dessen Erben [l]), und sie zweckt darauf: daß der Beklagte das, was er durch die betrügerische Handlung des Erblassers gewonnen, in so weit als dadurch der Kläger an seinem Pflichttheil Schaden gelitten [m]), mit Früchten und Nutzungen herausgeben müsse [n]).

§. 174.

Von der Einrede des fehlenden Pflichttheils.

Die bisher angeführten Rechtsmittel waren alle von der Art, daß der Pflichttheilsberechtigte

---

g) L. 1. Cod. Si in fraudem patroni.

h) L. 3. §. 3. D. Si quid in fraudem patroni.

i) L. 1. §. 26. D. eod.

k) L. 1. §. 4. 14. D. eod.

l) L. 1. §. 26. D. eod.

m) L. 1. §. 11. 21. D. eod. L. 1. Cod. Si in fraudem patroni.

n) L. 1. §. 28. L. 2. D. Si quid in fraudem patroni. Schmidt von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 570. ff. Böhmer Doctrina de actionibus. Sect. 2. cap. 3. §. 41. Pütter Auserlesene Rechtsfälle. Bd. 3. No. 259. Crell

durch die Anwendung derselben alsdann, wann er seinen Pflichttheil noch nicht in Händen hat, in den Besitz desselben gelangt; aber dieß allein ist nicht hinreichend, denn es können Fälle vorkommen, wo er den Pflichttheil im Besitz hat, aber von Andern auf Herausgabe desselben oder eines Theils davon, gerichtlich belangt wird, und nun muß er also seinen Pflichttheil gegen dergleichen Ansprüche schützen können. Wenn daher der Berechtigte den Pflichttheil besizt und mit Klagen in Anspruch genommen wird, deren Befriedigung die Rechte, die er auf den Pflichttheil hat, beeinträchtigen würde, so kann er sich aller derjenigen Klagen, die ihm zustehen, um zum Besitz des Pflichttheils zu gelangen, auch als Einreden bedienen [a]). Das diese Einrede begründende unten angeführte Gesetz, redet zwar nur von dem Fall: wo der Testamentserbe gegen einen ungültig Enterbten klagt, allein schon der Grundsatz: daß der Regel nach alles das als eine

---

Diss. utrum liberi actione quasi Calvisiana venditiones parentum inofficiosas revocare possint. Witteberg. 1739.

a) L. 8. §. 13. D. de inoff. test. Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis: scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querelam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

Einrede gebraucht werden kann, was eine Klage begründet [b]), würde hinreichen um zu beweisen: daß der Pflichttheilsberechtigte nicht blos in dem einzelnen im Gesetz angeführten Fall, sondern auch in allen andern Fällen, wo er zu klagen befugt ist, sich der nämlichen Rechtsgrundsätze als Einreden bedienen könne; aber auch die Schlußworte: quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret, zeigen: daß die Einrede nicht blos in dem einzigen Fall, wo nur Eine Klage Statt finden kann, sondern auch in anderen Fällen, und bey andern Klagen mit Rechtsbestand soll vorgebracht werden können. Es ist daher keinem Zweifel unterworfen: daß der Pflichttheilsberechtigte in allen Fällen die Einrede des fehlenden Pflichttheils vorschützen könne, wo er, wenn er den Pflichttheil nicht besässe, eine von den in den vorhergehenden Paragraphen angeführten Klagen mit Grund anstellen könnte, um den Pflichttheil zu erhalten [c]).

---

b) L. 1. D. de exceptionibus praescriptionum.

c) L. 32. Cod. de inoff. test. Westphal von Testamenten, deren Erblasser und Erben. §. 1020. Stein von pflichtwidrigen Testamenten. §. 20.

Verbesserungen und Zusätze.

Erster Theil.

Seite 6. Zeile 27. lies: Tit. 11. statt: Tit. II. S. 13. Z. 7. l. Maximilians st. Maximinians. S. 20. not. d. l. Nov. 53. cap. 6. S. 23. not. o. l. Nov. 92. st. L. 92. S. 27. Z. 28. gesetzlichen, setze zu: Ehe. S. 47. not. f. — §. 6. §. 16. setze zu: Institut. S. 50. Z. 18. hinterlassen, setze zu * L. 34. Cod. de inoff. test. S. 53. Z. 11. l. deren, st. dessen. S. 54. Z. 10. vorstellt, setze zu * L. 34. Cod. de inoff. test. S. 65. Z. 1. l. wörtlich, st. wirklich. S. 73. not. c. setze zu: §. 3. Inst. de adopt. S. 74. Z. 24. l. cap. 9. no. 6. S. 75. Z. 24. l. 1667. st. 1767. S. 110. not. e. l. §. 9. st. §. 6. S. 114. Z. 26. l. cap. 6. st. cap. 16. S. 122. Z. 21. l. dieser, st. dieses. S. 124. Z. 22. l. constiret, st. existiret. S. 125. Z. 29. l. Lib. 1., st. Lib. 2. S. 146. Z. 18. stirbt, setze zu (§. 46.) S. 159. not. a. l. Nov. 115. st. Nov. 116. S. 165. not. n. l. L. 1. 13. §. 2. st. L. 13. §. 1. 2. S. 180. Z. 23. l. jungebantur st. jungebatur. S. 181. not. f. setze zu: L. 21. Cod. de inoff. test.

Zweyter Theil.

Seite 6. not. b. lies: D. statt: De. S. 10. Z. 15. — *1702, setze zu:* cap. 1. S. 10. Z. 24. l. 1678. st. 1618. S. 10. Z. 26. 1667. st. 1767. S. 11. Z. 8. l. quandam st. quantam. S. 12. Z. 22. l. 204. st. 304. S. 12. Z. 20. l. Testator, st. Vater. S. 15. Z. 20. l. einem, st. einen. S. 16. Z. 24. l. pendet. st. pendet, S. 17. Z. 26. l. ff. st. §. 22. ff. S. 17. Z. 27. l. Inst. st. Iust. S. 20. Z. 22. l. a. a. O. st. A. a. O. S. 20. Z. 29. l. successorii intuitu, st. successoriiu intuit. S. 21. Z. 22. l. sichern? st. sichern. S. 22. Z. 27. l. seinen Vater und dessen Classe, st. ihn und seine Classe. S. 27. Z. 27. l. propter votum, st. propter, votum. S. 28. Z. 27. l. praeteritione st. praetenitione. S. 29. Z. 18. l. §. 30. st. §. 13. S. 29. Z. 27. l. Vinnius st. Vinrius. S. 29. Z. 10. l. wegfallen, st. weggefallen. S. 41. Z. 16. l. System st. system. S. 50. Z. 25. l. duo sint filii, st. duo filii. S. 51. Z. 25. l. exheredatis, st. ex heredatis. S. 51. Z. 28. l. obtinuerit, st. abtinuerit. S. 51. Z. 30. l. centumviri, st. centum viri. S. 68. Z. 5. l. eines st. seines. S. 76. Z. 24. l. Buneckau st. Buncekau. S. 78. Z. 20. Seit, setze zu: 3. S. 81. Z. 29. l. Nov. 18. st. Nov. 13. S. 82. im Stammbaum muß der Vater des a durchstrichen werden. S. 84. lezte Zeile l. §. 6. et 7. st. 67. S. 85. Z. 19. l. sexuncium habere, et, st. sexuncium, et. S. 86. Z. 22. l. parentum st. parentem. S. 90. Z. 19. l. controvers st. contra vers. S. 93. Z. 4. l. Drittel davon st. Drittel, davon. S. 93. Z. 27. l. cap. 3. st. cap. 2. S. 101. Z. 13. nach 1736. setze zu: 4. S. 415 — 545. S. 101. Z. 19. streiche aus von R. C. bis 1712 in der 21sten Zeile. S. 102. Z. 22. l. Pflichttheil berechtigten, st. Pflichttheilberechtigten. S. 102. Z. 28. l. Tit 4. st. P. 4. S. 103. Z. 15. l. Schilter st. Schitter. S. 104. Z. 20. l. 1772 st. 1773. S. 114. Z. 16. erhält, st. enthält. S. 120. Z. 17. l. Rechte gegen, st. Rechte, gegen. S. 121. Z. 15. der Enterbte wird der Regel nach mitgezählt — muß als Ueberschrift des §. klein gedruckt seyn. S. 129. Z. 6. l. respondit. et st. respondit, et. S. 135. Z. 18. l. auferuntur st. conferuntur. S. 148. Z. 23. l. L. 11. st. L. II. S. 151. Z. 29. l. Vinnius st. Vennius. S. 157. Z. 5. lezten Besitzer, st. ersten Besitzer. S. 172. Z. 30. l. L. 16. st. Lib. 16. S. 173. Z. 24. l. §. 14. 17. st. 16. 17. S. 186. Z. 24. l. cap. 6. st. cap. 9. S. 188. Z. 24. l. L. 8. §. 9. st. L. 8 et 9. S. 192. Z. 17. l. 531. st. 541. S. 204. Z. 22. l. Exercitat. st. Exer. citat. S. 205. Z. 12. l. einem st. seinem. S. 207. Z. 8. l. er, st. es. S. 210. Z. 29. l. sondern geht man, st. sondern man geht. S. 226. Z. 25. l. Buehren st. Buchren. S. 234. Z. 29. l. vocantur, st. vocantur: S. 237. Z. 19. l. 1778 st. 1773.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Moeller, G.

Die Lehre vom Pflichttheil

Bd.: 2

Amberg [u.a.] 1806
Bibl.Mont. 4433-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10725003-4